La reità mediata avuto riguardo della partecipazione al delitto

TESI DI LAUREA

presentata alla facoltà giuridica dell'Università di Berna

per il conseguimento del titolo di dottore in diritto da

EDY GIOVANNI BERNASCONI

DI CHIASSO

1943

S. A. ARTI GRAFICHE GIÀ VELADINI & C. - LUGANO

La reità mediata avuto riguardo della partecipazione al delitto

TESI DI LAUREA

presentata alla facoltà giuridica dell'Università di Berna

per il conseguimento del titolo di dottore in diritto da

EDY GIOVANNI BERNASCONI

DI CHIASSO

S. A. ARTI GRAFICHE GIÀ VELADINI & C. - LUGANO

La facoltà di diritto dell' Università di Berna ha accettato questo lavoro il 1. Luglio 1943 su proposta del Prof. Dott. Filippo Thormann senza però entrare nel merito delle considerazioni ivi esposte.

Ai miei genitori

INDICE

PARTE PRIMA

I capitolo: Sviluppo storico . . . . . Pag. 17
II capitolo: Concetto e natura della reità mediata . . . . . » 26
III capitolo: I varî modi di trattare il concetto della reità. . . » 33
IV capitolo: Reità mediata e partecipazione . . . . . » 45
a) con riferimento all'istigazione . . . . . » 45
b) con riferimento alla complicità . . . . . » 53

PARTE SECONDA

I capitolo: La natura accessoria della partecipazione . . . Pag. 59
II capitolo: Delitto tentato e reità mediata . . . . . » 73

PARTE TERZA

I capitolo: L'uomo quale strumento . . . . . Pag. 86
a) Casi che escludono l'imputabilità dell'uomo quale strumento . . . . . » 86
1) Infermità mentale e casi similari . . . . . » 89
2) L'errore . . . . . » 95
b) Sussistenza di reità mediata negli atti dei fanciulli ed adolescenti . . . . . » 96
c) Esercizio di un diritto ed adempimento di un dovere . . . . . » 99
1) Costrizione . . . . . » 100
2) Legittima difesa e stato di necessità . . . . » 102
d) L'agente agisce dietro un ordine illegale . . » 105
1) L'ordine illegale nel campo di validità del diritto privato . . . . . » 106
2) L'ordine illegale nel campo di validità del diritto costituzionale . . . . . » 108
3) L'ordine illegale militare . . . . . » 112

BIBLIOGRAFIA

Abegg I.F.H. — Lehrbuch der Strafrechtswissenschaft, 1836.

Ahlwardt W. — Die Mittel der Nötigung, Diss. Greifswald, 1896.

Allfeld Philipp — Der Rücktritt vom Versuch, Festgabe für Frank, Bd. 2, Tübingen, 1930.

Amman Max — Die Problematik der Täterschaft im Strafrecht, Diss., Zürich, 1938.

von Bar Ludwig — Gesetz und Schuld im Strafrecht, Berlin, Bd. 1, 1906.

von Bar Ludwig — Gesetz und Schuld im Strafrecht, Versuch, Bd. 2, Berlin, 1907.

von Bar Ludwig — Die Lehre vom Kausalzusammenhang, Leipzig, 1871.

Bauer Wilhelm — Die akzessorische Natur der Teilnahme, Diss. Göttingen, 1904.

Belig Ernst — Die Lehre vom Verbrechen, Tübingen, 1906.

Berner Albert — Die Lehre von der Teilnahme am Verbrechen, Berlin, 1849.

Binding Karl — Grundriss des deutschen Strafrechts, allg. Teil, Leipzig, 1907, 7. Auflage.

Binding Karl — Die Normen und ihre Uebertragungen, Bd. 1, 3. Aufl., 1916; 4. Aufl., 1922; Bd. 2, 2. Aufl. 1914-16.

Bing Ernst — Behandlung der Anstiftung im geltenden Strafrecht, Nürnberg, 1914.

Birkmeyer Karl — Die Lehre von der Teilnahme und die Rechtsprechung des deutschen Reichsgerichts, Berlin, 1890.

Birkmeyer Karl — Ueber Ursachenbegriff und Kausalzusammenhang, Gerichtssaal, Bd. 37, 1885.

Blankennagel Karl — Die Möglichkeit der mittelbaren Täterschaft an Handlungen von Kindern und Jugendlichen, Diss., Göttingen, 1931.

Bollag Karl — Grenzen der strafbaren Nötigung, Diss., Zürich, 1900.

Brauer — Der dienstliche Befehl zum Verbrechen auf Grund der Straflosigkeit, Gerichtssaal, Bd. 8, 381 ff.

Brunner-Kirschbaum — Die Strafmündigkeit im schweiz. Strafrecht, Diss., Zürich, 1939.

Buff Hermann		Mittäterschaft und Beihilfe nach dem amtlichen Entwurf eines allgemeinen deutschen Strafgesetzbuches, 1925, Diss. Erlangen, 1927.
von Buri	—	Zur Lehre vom Versuche, Gerichtssaal, Bd. 19.
van Calker Fritz	—	Die strafrechtliche Verantwortlichkeit für auf Befehl begangene Handlungen,München, Leipzig, 1891.
Döderlein Wolfgang	—	Die mittelbare Täterschaft de lege lata und de lege ferenda, Diss., Strassburg, 1911.
Eberle Karl	—	Der militärische Befehl als Schuldausschliessungsgrund im schweiz. Strafrecht, Diss., Bern, 1930.
Eilers Wilhelm	—	Die Gesetzestele Chammurabis. Der alte Orient, Bd. 31, Heft 314.
Fehr Hans	—	Deutsche Rechtsgeschichte, 2. Aufl., Berlin-Leipzig, 1925.
Forel	—	Der Hypnotismus und seine strafrechtliche Bedeutung; in Zeitschr. für die gesamte Strafrechtswissenschaft IX, 1889.
von Frank Reinhard	—	Das Strafgesetz für das deutsche Reich, 18. Aufl., 1931; 8. Aufl., 1912.
Gervai Laura	—	Kindliche und jugendliche Verbrecher, München, 1914.
Gierlich Ernst	—	Die Grenzen der mittelbaren Täterschaft im Reichsstrafrecht, Diss. Heidelberg, 1909.
Girginoff	—	Der bindende Befehl im Strafrecht, Diss., 1904.
Graetzer Franz	—	Mittelbare Täterschaft in Bezug auf ihre begriffliche Möglichkeit bei den einzelnen Deliktsklassen, Diss. Erlangen, 1907.
Gretner	—	Schuld, Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft, Bd. 19, Berlin, 1899.
Hafter Ernst	—	Lehrbuch des schweiz. Strafrechts. Allg. Teil, Berlin, 1926.
Heberlein Bruno	—	Exzess der Notwehr, Diss., Bern, 1895.
Hegler August	—	Mittelbare Täterschaft beim nichtrechtswidrigen Handeln der Mittelperson, Festgabe für Richard Schmidt, Straf- und Strafprozessrecht, Leizig, 1932.
Hegler August	—	Zum Wesen der mittelbaren Täterschaft, Festgabe der juristischen Fakultäten zum 50. Jubiläum des Reichsgerichts, Bd. V, 1929.
Heimberger Joseph	—	Die Teilnahme am Verbrechen in Gesetzgebung und Literatur von Schwarzenberg bis Feuerbach, Freiburg i. B., Leipzig, 1896.

Herzog Heinhold — Rücktritt vom Versuch und tätige Reue, Diss., Marburg, 1888.

Hill Adolf — Der subsidiäre Charakter der Nötigung, Diss. Marburg, 1895.

von Hippel — Zur Begriffsbestimmung der Zurechnungsfähigkeit, Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft, Bd. 32.

Hubrich E. — Das Züchtigungsrecht in seiner strafrechtlichen Bedeutung, Gerichtssaal, Bd. 46.

Janissek A. — Das Recht des Lehrers zur Vornahme körperlicher Züchtigungen, Diss. Breslau, 1911.

Kaufmann J. — Das Züchtigungsrecht der Eltern und Erzieher, Stuttgart, 1910.

Klesmann Otto — Versuchsbeginn bei mittelbarer Täterschaft, Diss. Erlangen, 1936.

Koch Arnold — Die mittelbare Täterschaft, Diss., Göttingen, 1938.

Kohler Joseph — Studien aus dem Strafrecht, Bd. I, 1890.

Krauss Wolfgang — Die mittelbare Täterschaft, Breslau, 1935.

Kroppenberg Karl — Die Abgrenzung der Beihilfe in objektiver und subjektiver Beziehung, Diss., Köln, 1936.

Lehmann Victor — Jugendliche als Werkzeug zur Begehung strafbarer Handlungen, Diss., Rostock, 1911.

Lenz Adolf — Die geisteskranken Verbrecher im Strafverfahren und Strafvollzuge, Verhandlungen im schweiz. Juristenverein, 1899.

Lilienthal — Der Hypnotismus und das Strafrecht; in Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft VIII, 1887.

von Liszt-Schmidt — Lehrbuch des deutschen Strafrechts, 24. Aufl., 1922.

Lombroso Cesare — L'uomo delinquente, Torino, 1924.

Maggiore Giuseppe — Principi di diritto penale, Bologna, 1937.

Majer Otto — Ein Beitrag zur Lehre der mittelbaren Täterschaft, Diss. Tübingen, 1905.

Mandsley Henry — Die Zurechnungsfähigkeit der Geisteskranken, Leipzig, 1895.

Mayer Hellmuth — Der bindende Befehl im Strafrecht, Festschrift für Frank, Bd. I, pag. 598.

Meyer-Allfeld — Lehrbuch des deutschen Strafrechts, 7. Aufl., Leipzig, 1912.

Michael Heinrich — Der Mensch als Werkzeug, Diss., Rostock, 1904.

Mintz Pauf — Die Lehre von der Teilnahme, Dopart, 1892.

Mittermaier W. — Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft, Bd. 21, Berlin, 1901.

Mösmer Franz — Die mittelbare Täterschaft in gleichzeitiger Berücksichtigung des Hypnotismus im Strafrecht, Diss., München, 1892.

Müller Fritz — Die negative Beihilfe und ihre Stellung zur Mittäterschaft, Diss., Köln, 1936.

Nagler Johann — Die Teilnahme am Sonderverbrechen, Leipzig, 1903.

Neumeister Georg — Mittelbare Täterschaft und Hypnotismus, Diss., Greifswald, 1900.

Niedermann Max — Die Untersuchungen über Begriff und Wesen der mittelbaren Täterschaft, Diss., Bern, 1938.

Perten Paul — Die Beihilfe zum Verbrechen. Eine Untersuchung de lege ferenda. Strafrechtl. Abhandlungen Heft 198, Breslau, 1918.

Plotkin Dora — Die Teilnahme am Verbrechen Unzurechnungsfähiger, Zürich, 1920.

Schaeffer W. — Das Züchtigungsrecht, Diss., Breslau, 1908.

Schmidt Richard — Grundriss des deutschen Strafrechts. Leipzig, 1925, 2. Aufl., 1931.

Schmidt Eberhard — Die mittelbare Täterschaft, Festgabe für Frank, Bd. 2, pag. 106.

Schneider Karl — Mittelbare Täterschaft und die Beteiligung an der Selbstbeschädigung, München, 1939.

Schulze Otto — Die mittelbare Täterschaft insbesondere nach den neuen Entwürfen, Diss., Köln, 1932.

Schütze Theodor — Lehrbuch des deutschen Strafrechts, Leipzig, 1871.

Senf M. Rudolf — Versuchsbeginn bei mittelbarer Täterschaft, Diss. Erlangen, 1936.

Stübel Karl — Ueber die Teilnahme mehrerer Personen an einem Verbrechen, Dresden, 1828.

Schweizer Adolf — Zur Lehre vom Irrtum im Strafrecht, Diss., Strassburg, 1906.

Thielke Otto — Gehorsam und Schuld des Staatsbeamten und des Soldaten bei gesetzeswidrigen Befehlen des Vorgesetzten, Diss. Königsberg, 1911.

Thormann-Overbeck — Das schweiz. Strafgesetzbuch, Bd. I, Allg. Teil.

Thormann Philipp — Die Strafbarkeit der Vorbereitungshandlung, in schweiz. Zeitschrift für Strafrecht, 49. Jahrg., Heft 1.

Thormann Philipp — Prozessrechtliche Bemerkungen zum Jugendstrafrecht; schweiz. Zeitschrift für Strafrecht, 43. Jahrg., 1929.

Tiessen Fritz — Die strafrechtlichen Wirkungen des rechtswidrigen Befehls, Diss., Königsberg, 1911.

Tobler Hans — Die Grenzgebiete zwischen Notstand und Notwehr, Diss., Zürich, 1894.

Trüeb Henri — Notwehr und Notstand im allg. und nach schweiz. Recht, Diss., Zürich, 1924.

Türkel Siegfried — Die Zurechnungsfähigkeit, Leipzig-Wien, 1915.

Ulmer Georg — Irrtum- und Schuldinhalt im Strafrecht, Diss., Leipzig, 1908.

Wachenfeld — Lehrbuch des deutschen Strafrechts, München, 1914.

Weber Heinz — Die mittelbare Täterschaft unter eingehender Berücksichtigung der Benutzung von Kindern und Jugendlichen, Diss., Breslau, 1928.

Wolf P. — Betrachtungen über die mittelbare Täterschaft, strafrechtl. Abhandlungen, Heft 225, Breslau, 1927.

Zimmerl Leopold — Täterschaft, Teilnahme, Mitwirkung; Zeitschr. für die gesamte Strafrechtswissenschaft, Bd. 54.

L e g g i :

Codice penale per il Cantone del Ticino 1873.

St. Galler Strafgesetzbuch 1885.

Bundesgesetz über das Bundesstrafrecht der Schweizerischen Eidgenossenschaft, 1934.

Schweizerisches Strafgesetzbuch, 1937.

Schweizerisches Militärstrafgesetzbuch, 1927.

Obligationenrecht, 1911.

INTRODUZIONE

Lo sviluppo del diritto è in istretta relazione con la scienza e la giurisprudenza. Tutti e due si vengono a trovare nella necessità di dover esaminare i casi, anche quelli più strani, che si presentano nella vita quotidiana. La giurisprudenza decide secondo criteri rispondenti a necessità pratiche, mentre la scienza crea i dogmi che, a loro volta, servono o dovrebbero servire alla giurisprudenza quale linea di condotta. Nella maggior parte dei casi, i reciproci rapporti tra scienza e giurisprudenza conducono ad una perfetta armonia, ma qualche volta le opinioni possono anche differire l'una dall'altra e trovarsi persino in antitesi. Già poco tempo dopo l'entrata in vigore dei codici penali cantonali, si è potuto constatare che, praticamente le norme in essi contenuti non bastavano a disciplinare tutti i fatti illeciti che si possono incontrare nella vita d'ogni giorno. Si fece pertanto sentire la necessità urgente di una riforma. A prescindere dagli altri difetti, non risultava con chiarezza dai detti codici chi dovesse essere ritenuto responsabile del prodursi di un dato evento punibile. Tra le varie forme della partecipazione al delitto non restavano disciplinate che l'istigazione e la complicità. Essi non contenevano alcuna disposizione regolante la forma principale della consumazione di un fatto delittuoso.

Se l'opinione dominante nella scienza, basandosi sulla formulazione delle disposizioni legislative ed in modo particolare sulla definizione della partecipazione al delitto, ha voluto vedere nell'autore del delitto colui che realizza tutti gli elementi sia subiettivi che obiettivi costitutivi del reato, essa non ha potuto fare a meno di riconoscere unitamente al concetto sull'agente diretto e cioè quello della cosiddetta reità mediata, ora universalmente riconosciuto e ritenuto indispensabile sia dalla prassi che dalla giurisprudenza. Soltanto con la creazione di tale concetto nel progetto di un codice penale

svizzero del 1918 (art. 25), è stato possibile comprendere una serie di casi che, sino ad allora, sembrava difficile se non impossibile risolvere. Trattasi di quei casi in cui l'agente non ha compiuto direttamente tutti gli atti necessari a raggiungere la consumazione del delitto, ma si è servito dell'opera di un terzo e ciò per una ragione qualsiasi: sia che ritenesse se stesso incapace, sia perchè gli mancasse il coraggio, oppure l'abilità necessaria, infine, volesse far cadere i sospetti su altre persone.

Scopo del presente lavoro è quindi di trattare esaurientemente la reità mediata, nonchè di esaminare i casi principali riconosciuti o controversi nella legislazione vigente, unitamente alle relative opinioni degli autori.

PARTE PRIMA

I. Capitolo

Sviluppo storico

In questo capitolo mi propongo di trattare cronologicamente lo sviluppo storico della reità mediata, cominciando dal più antico dei codici che la contempli.

La storia della reità mediata è nata con lo stesso diritto penale. Gli uomini hanno sempre ritenuto la reità mediata non meno meritevole di pena di quella immediata o diretta. La reità mediata non aveva però una veste giuridica a sè e alcuni suoi casi erano compresi nell'istigazione. Il concetto della reità mediata era ancora sconosciuto ed essa veniva denominata « istigazione apparente ». Troviamo il più antico accenno alla reità mediata nel Codice del Chammurabi dal 1955 al 1922 circa a. C. [1]) Il § 227 di detto codice ha il seguente tenore: « se un cittadino si è servito di un tosatore allo scopo di far tosare il marchio ad uno schiavo non suo, detto cittadino dev'essere ucciso ed il suo corpo deposto sotto il portone della propria abitazione; il tosatore giura " non ho tosato intenzionalmente " e non viene punito ».

A tale proposito può essere citata altresì l'antica leggenda germanica di Loki-Hödur. Loki tramava la morte del Baldur. [2]) Egli dette ad Hödur, che era cieco, arco e freccia, invitandolo a puntare contro un disco, Loki aveva piazzato Baldur in modo che la freccia dovesse necessariamente colpire Baldur. Il castigo degli dei venne a colpire giustamente il vero autore, che era Loki. Questa decisione dimostra che già allora ci si rendeva conto dell'esistenza della reità mediata. La letteratura germanica dei secoli 16/17°, ed anche oltre, si basava sui metodi e sugli studi compiuti dagli studiosi italiani in materia di diritto penale.

---

[1]) Wilhelm Eilers: Die Gesetzestele Chammurabis. Der Alte Orient, vol. 31, fascicoli 3/4.

[2]) Niedermann Max: Untersuchungen über Begriff und Wesen der mittelbaren Täterschaft, tesi di laurea, pag. 23/24.

La partecipazione al delitto è stata trattata dai seguenti scrittori italiani: [1])

1 — Albertus de Gandino (circa 1300) Tractatus de maleficis, edizione del 1530;
2 — Angelus Aretinus (dopo il 1451) Tractatus de maleficis, edizione del 1530;
3 — Bonifacius de Vitalinis (poco dopo l'Aretinus) Tractatus de maleficis, edizione del 1530;
4 — Hippolitus de Marsiliis (1529) Practica causarum criminalium (Averolda), edizione del 1551, Lugduni;
5 — Aegidius Bossius (1546) Tractatus vari, edizione del 1562, Lugduni;
6 — Julius Clarus (1575) Sententiarium receptarum liber quintus sive practica criminali, specialmente quaestio 87-90, edizione del 1636. Francoforte s/Meno;
7 — Tiberius Decianus (1581) Tractatus criminali, edizione del 1591, Fran- Francoforte s/Meno;
8 — Jacobus Menochius (1600) De arbitraris judicium quaestionibus et causis, specialmente il casus 349-353, edizione del 1573, Colonia.
9 — Prosper Farinacius (1618) Opera criminalia, specialmente pars V, tit. 15 de consultoribus, auxiliatoribus et mandatoribus, edizione del 1605/06/07, Francoforte s/Meno.

Gl'italiani ignorano il concetto della reità mediata ed impiegano soltanto l'espressione « plures delinquentes », che si incontra a più riprese nelle opere del Bartolus.

La complicità è stata esaurientemente trattata dagl'italiani nella dottrina sulla partecipazione al reato. Essi distinguono tre specie della medesima e cioè: l'auxilium ante delictum, in delicto et post delictum. Il Bartolus [2]) ha approfondito e perfezionato questa distinzione. L'Angelus Aretinus, pur seguendo la scuola del Bartolus, si limita a distinguere tra l'auxilium ante e l'auxilium post delictum. Il Clarus ha idee proprie nei riguardi della punibilità della complicità. Secondo lui il delitto è stato commesso previo accordo col complice od almeno con il suo consenso; in questo caso il complice dev'esser punito come l'autore, senza distinguere se l'aiuto sia stato prestato prima o dopo la consumazione del delitto [3]). Perchè la complicità possa essere punibile, è necessario che la cooperazione sia stata prestata con consapevolezza e che un dato evento si sia effettivamente verificato.

---

[1]) Heimberger Joseph: Die Teilnahme am Verbrechen, pag. 1 seg.
[2]) Bartoli Commentaria in secundam digesti novi partem. Ediz. del 1552, Lugduni Rubrica de furtis § ope fol, 140 (ad 1.50 § 1D.47,2).
[3]) Lib. V, quaest. 90, n.1.S.870 « praevio tractatu vel deliberatione accedente consensu vel saltem scientia ipsus auxiliatoris ».

La prassi italiana non si è preoccupata della ricerca di una distinzione tra autore e complice, distinzione che, per la medesima, non rivestiva che una minima importanza pratica, anche perchè il complice poteva essere punito come l'autore. Per gl'italiani, il complice era una persona che appoggiava il compimento di un reato di un terzo. Essi conoscevano inoltre l'istigazione, da loro denominata « mandatum », nonchè il «consilium» e la «persuasio». La pena gravante sull'istigazione, fosse essa mandatum o consilium, era quella prevista per il fatto.

L'istigatore e l'autore incorrevano nella stessa pena. Di regola l'istigazione è punita come il fatto se l'evento si è effettivamente verificato. Il Bossius [1]) punisce meno gravemente l'istigatore nei casi in cui l'agente avrebbe compiuto il fatto anche senza esservi istigato. Nelle opere di Bartolus [2]) troviamo un'idea moderna sulla natura accessoria dell'istigazione. L' istigatore è responsabile del delitto commesso e non dell'istigazione come tale. Il Clarus [3]) ripete quasi testualmente le parole del Bartolus.

Premesso che gl'italiani riconoscono indubbiamente la natura accessoria della partecipazione, ci si può domandare se le condizioni o attitudini dell'agente possano influire sulla punizione del partecipe. Nel rispondere a tale quesito, il Bartolus persiste nella sua intransigenza, limitatamente per quanto riguarda le circostanze aggravanti, che ricorrono a carico del colpevole.

Mancano anche nel diritto germanico i termini tecnici per la denominazione delle varie forme della partecipazione al delitto. Dalla Riforma di Worms del 1498 possiamo rilevare l'influsso della dottrina italiana sul diritto germanico. Nel sesto libro, parte dodicesima e titolo diciannovesimo, si parla non solo dell'agente vero e proprio, ma anche della partecipazione e del favoreggiamento: « chiunque consiglia, aiuta od offre assistenza o favoreggia un assassino è punito con l'amputazione della mano » e prosegue testualmente: « so einer aber ursach gebe des todes, mit handt anlegte und hülfe einem zum tode bringen, der soll als ein totschleger geurteilt und gestrafft werden. So einer den andern hiesse oder zurichte und gelt gebe yemandt todt zuschlagen, und derselb thet solichs, die sollen beyde glych des todts verurteilt und gericht

---

[1]) op. cit. n. 59, pag. 290.

[2]) Bartoli Commentaria in secundam digesti novi partem, de injuris et famosis libellis, lex non solum § si mandato meo n. 9 et 10.

[3]) Lib. V, quaest. 89 n. 3, pag. 866.

werden. So in einem ufflauf dry, vier, fünffe oder mee zusammen schlügen und einer unter denselben lyblos wurde... und wisste man nit welcher ime die todt wunde gehauwen oder gestochen, alle die denselben ertöten geschlagen hetten werer schuldig des todts ».[1])

La partecipazione al delitto è anche contemplata nell'articolo 203 della « Bamberger Halsgerichtsordnung » del 1507. Possiamo fare a meno d'intrattenerci sulle fonti di detto articolo. Il Brunnenmeister ha dimostrato in modo inequivocabile che lo Schwarzenberg, nella redazione dell'art. 203, si è ispirato alla già citata « Wormser Reformation » del 1498, dove si parla della « punizione degli omicidi », e che, a sua volta, deriva dal Gandinus.

La Constitutio Criminalis Carolina (C.C.C.), conosciuta anche sotto la denominazione di P.G.O. (peinliche Gerichtsordnung), emanata nel 1532 da Carlo V., offre un altro esempio interessante per l'influsso della dottrina italiana sul diritto germanico. L'art. 177 della C.C.C. corrisponde all'art. 203 della C.C.B. Differisce però dal secondo nella intestazione e nella redazione del testo. Esso ha il seguente tenore: « Della posizione del favoreggiamento, dell'aiuto e della prestazione di assistenza al reo. Chiunque, nella commissione di un reato, presta assistenza o favorisce l'agente in un modo qualsiasi, è da punirsi secondo le norme contenute nel codice penale ».[2])

Il termine « Tröstung » contenuto nella C.C.B., con il quale si intendeva parlare della complicità mediante consigli, non è stato riportato dalla C.C.C., poichè si ritenne che sotto il termine « hilff » fosse compresa qualsiasi forma di complicità e cioè consigli e fatti. La complicità nel falso in monete è contemplata dall'art. 111 della C.C.C.

Di particolare interesse per la dottrina della partecipazione al delitto è l'art. 148 della C.C.C., che tratta di « straff jenen so eynander inn morden, schlahen und rumoren fürsetzlich oder unfürsetzlich beistandt thun ». La scienza del diritto comune si valse del detto articolo per sviluppare la dottrina del complotto. L'art. 148 è diviso in due parti. La prima tratta dell'omicidio commesso con consapevolezza e previo accordo, mentre nella seconda è contemplato l'omicidio commesso in una rissa.

La « Costituzione Tirolese » del 1532 è nata dalla « Tiroler Malefizordung » del 1499. L'art. 69 del libro ottavo ha il

---

[1]) Ammann Max: Die Problematik der Täterschaft im Strafrecht, pag. 27.

[2]) op. cit., pag. 28.

seguente tenore: Chiunque scientemente e di propria volontà offre asilo ad un assassino, ladro omicida od altro delinquente, si rende loro complice o favorisce la loro cattiva azione, deve essere colpito della pena prevista per l'autore principale e giudicato nello stesso modo. [1]) La prima parte dell'articolo accenna alla punibilità del favoreggiamento, mentre la seconda contempla la complicità e forse anche la correità. Anche la « Halsgerichtsordnung » dell'Assia del 1535, per quanto riguarda la disciplina dei reati in questione, è identica alla C.C.C. Gli articoli 102 e 123 corrispondono rispettivamente agli articoli 148 e 177 della C.C.C. La Hennebergsche Landesordnung del 1539 è una copia della « Costituzione Tirolese ». La partecipazione al delitto è trattata dal quarto capitolo del sesto titolo.

L'ordinamento di polizia per Jülich, Clever e Berg del 1554, nonchè gli Statuti della città di Frankenhausen nella Turingia del 1558, non accennano che genericamente alla partecipazione al delitto e soltanto nell'art. 24 del quarto libro. Troviamo alcune norme particolari sulla partecipazione nelle Costituzioni del Principe elettivo Augusto di Sassonia del 1572. Sono state dedicate varie Costituzioni alla partecipazione al furto.

Dall'interpretazione del § 5 del codice penale di Giuseppe II del 1787, si rileva quanto segue: Siccome dall'espressione « agente immediato » del codice stesso si può desumere che essa sia in antitesi con la reità mediata, e, poichè, secondo il § 5, vengono contrapposti i correi ed i partecipi all'agente diretto, risulta che i correi e partecipi debbansi considerare rei mediati. [2]) L'azione come tale non rende ancora colpevole un individuo, ma essa deve essere stata compiuta dolosamente ed accompagnata dalla partecipazione prestata consapevolmente, sia in seguito ad un ordine o ad un consiglio, ad istruzioni od a favoreggiamento o dietro un compenso, oppure mediante un aiuto prestato in un modo qualsiasi al momento della commissione del fatto, oppure mediante un aiuto che abbia contribuito alla sicura riuscita dell'evento dannoso.

Nei lavori preparatori per un nuovo codice penale prussiano è stato compiuto un grande passo verso il riconoscimento della reità mediata.

Nel titolo ventesimo §§ 67 e 70 è considerato autore intellettuale (istigatore), secondo il diritto comune, « colui che si

---

[1]) Heimberger Joseph: Die Teilnahme am Verbrechen, pag. 51.

[2]) Joseph II: Allgemeines Gesetz über Verbrechen und deren Bestrafung, del 1787.

vale delle prestazioni di un altro per compiere un delitto o ne dà l'incarico ». In un primo tempo detta definizione venne accolta integralmente nel progetto di un codice penale per gli Stati prussiani del 1827. In occasione, però, della quinta revisione del 1843 venne soppressa la frase: « colui che si vale dell'opera altrui nell'esecuzione di un delitto ». Venne così staccato definitivamente il concetto della reità mediata da quello dell'istigazione.

Nell'ultimo progetto ufficiale del codice penale germanico del 1930 non si fa espressa menzione della reità mediata. Con decisione del 1927 della Commissione penale del Reichstag, su proposta della Sottocommissione, venne fatto precedere al titolo relativo alla partecipazione un articolo avente il seguente tenore: autore è colui che commette egli stesso il reato; è autore altresì colui che si vale dell'opera di un terzo nell'esecuzione di un reato, sapendo o immaginandosi che detto terzo non compie il fatto intenzionalmente (reità mediata). Il progetto ufficiale del 1930, però, non accettò tale punto di vista.

Dalla metà del secolo diciottesimo in poi, fino al Feuerbach, molti scrittori si sono occupati della partecipazione al delitto. Mi limiterò a citarne i principali, le cui teorie rivestono ancora oggi un'importanza non trascurabile nella scienza del diritto penale.

Nelle sue Istitutiones iuris criminalis del 1758 § 41, il Koch [1]) ha così stabilito la differenza esistente tra la partecipazione principale e la complicità: « auctor delicti dicitur is, qui ipse illud per quod delictum tale est perpetravit ». Il Koch definisce « coauctores delicti plures qui ipsi illud per quod delictum tale est perpetraverunt ». [2]) Trattasi di coloro che hanno compiuto in comune tutte le azioni facenti parte integrale del reato.

Il Klein [3]) attribuisce tre significati diversi alla parola partecipe. Nel senso più largo della parola, la partecipazione al delitto è l'azione o omissione, con la quale qualcuno ha contribuito alla concretizzazione di un evento dannoso, oppure con la quale egli si è dimostrato interessato alla commissione del reato. Secono il Klein, è partecipe altresì colui che dolosamente fa o omette di fare qualcosa, allo scopo di favorire la commissione di un delitto. Nel senso più stretto della parola, invece, il Klein vede tutti i complici.

---

[1]) Heimberger Joseph: Teilnahme an Verbrechen in Gesetzgebung und Literatur von Schwarzenberg bis Feuerbach, pag. 217 e seg.

[2]) § 41.

[3]) Heimberger Joseph: op. cit. pag. 226 e seg.

Nella sua « Revisione », il Feuerbach chiama autore colui che vede lo scopo della sua azione nella lesione del diritto. Complice è colui che vede lo scopo della sua azione nel favoreggiamento della lesione di un diritto commessa da un altro; la lesione del diritto stesso non è in questo caso che scopo mediato. [1]) Dopo la morte del Feuerbach si è tentato in Germania di stabilire i rapporti esistenti tra reità e complicità.

Il Brackenhoeft [2]) definisce l'antitesi delle due opinioni come segue: O la complicità sussiste nel fatto che il complice abbia prestato aiuto all'autore nel metterlo in urto con le vigenti disposizioni: in questo caso sarebbe naturale punire il complice con la pena che, nel caso concreto, verrebbe inflitta al reo, oppure si dovrebbe esaminare quale pena sarebbe stata inflitta al complice se questi, nel caso concreto, fosse stato l'autore del reato. Il Brackenhoeft è arrivato a questa contropposizione per effetto di un auto-inganno palese. Egli afferma, a tale proposito, che l'evento realizzato dall'autore non può essere imputato al complice che nella misura in cui egli, con il suo operato, abbia contribuito alla sua realizzazione. Affinchè si possa inoltre mettere il complice in opposizione con la legge, è necessario emettere prima un giudizio sul fatto principale. E' necessario, perchè si possa stabilire la misura della pena, esaminare il rapporto esistente tra il fatto voluto e l'evento effettivamente realizzato, ai fini anche di stabilire la pena da infliggersi al complice.

Abbandoniamo ora i summenzionati autori per passare al Berner ed al Köstlin.

L'autore intellettuale è chiamato dal Berner [3]) semplicemente istigatore. Anche il Köstlin considera l'autore un istigatore [4]) e, poichè questi non compie il fatto direttamente, ma a mezzo di un terzo, lo si chiama autore mediato, contrapponendolo all'agente materiale sotto la denominazione di autore immediato. Il Berner [5]) considera l'azione dell'istigatore, nei casi in cui l'istigazione non viene accolta, un semplice atto preparatorio pericoloso ed in alcun caso un delitto tentato. Al contrario, asserisce il Berner, se l'istigazione viene accolta, l'istigatore si mette alla mercè dell'istigato, che fa sue le azioni od omissioni del suo mandante. Dal momento in cui l'istigazione è stata accolta, istigatore e istigato si identificano.

---

[1]) § 11, pag. 244/45

[2]) Archiv des Kriminalrechts 1840, pag. 410

[3]) Die Lehre von der Teilnahme am Verbrechen, pag. 269

[4]) vedasi Köstlin, Revisione, pag. 531

[5]) op. cit. pag. 308,309

Il Berner [1]) giudica l'autore, tenendo conto delle sue condizioni personali. Diversa è la situazione nel caso di una cooperazione tra autore e complice.

La complicità è un fatto prettamente relativo e il carattere del reato stesso è determinato, anche nei riguardi del complice, dalla natura dell'azione.

Nelle più antiche fonti del diritto penale svizzero, come ad esempio nei « Landbücher » di Appenzello R. I. (1409, 1585, stampati nel 1828), nello « ältestes Standt- und Amtsbuch » di Zugo (1432, 1566), Svitto (1524, 1554, 1620, 1626, stampato nel 1850), Obwalden (circa 1524, 1635, 1792 denominato « Artikelbuch »), Nidvaldo (1623 ecc. 1806), Uri (1525, 1608 ecc.), nelle « Gerichtssatzungen » bernesi (1539, 1619), nelle Statuta Vallesiae (1571, con aggiunte), nelle « Annotata ai libri d'istruzione dei giudici del Consiglio di Lucerna » (1606-1660) ecc., che rappresentano in se stessi già un rilevante materiale, non si trovano però che disposizioni di carattere generale. Le disposizioni, ad esempio, relative alla partecipazione ed alla reità non trovano espressa menzione, tranne qualche generico accenno. Più tardi, e precisamente nelle « Gerichtssatzungen » bernesi del 1761, si trova qualche accenno alla imputabilità del reo mediato. [2]) Il codice penale di San Gallo del 14 maggio 1807, già abrogato nel 1819 da una nuova legge, ha accolto le idee del Feuerbach. Il § 25 ha il seguente tenore: chiunque, sia mediante consiglio o fatti, si rivela la cagione diretta di un reato commesso, si chiama autore. Il § 27 definisce l'autore materiale con le seguenti parole: chiunque compie l'azione criminosa con le proprie forze. [3]) L'art. 59/III [4]) del codice penale ticinese ha il seguente tenore: « chiunque in base ad un incarico o dietro compenso dato o promesso, in seguito a minaccia o abuso di autorità, ha indotto altri a commettere il reato . . . ».

La reità mediata trova espressa menzione nell'art. 25 del progetto di un codice penale svizzero del 1918 che ha il seguente tenore: « chiunque intenzionalmente determina altri a commettere non intenzionalmente un atto punibile, incorre nella pena prevista per il reato commesso intenzionalmente » [5])

---

[1]) op. cit. pag. 305

[2]) Amman Max: Die Problematik der Täterschaft im Strafrecht, pag. 34/35

[3]) Codice penale di San Gallo

[4]) Codice penale per il Cantone Ticino

[5]) Hafter: Schweiz. Str G.B., parte generale, pag. 212

Nel 1888 il Dipartimento federale di Giustizia e Polizia incaricò il prof. Stoos dei primi lavori preliminari per l'unificazione del diritto penale svizzero. Sulla scorta delle indagini compiute, egli venne a sostenere il cosiddetto punto di vista subiettivo, secondo cui dovevano essere considerati rilevanti per il diritto penale la mentalità, la volontà, nonchè il dolo del delinquente. Nel suo primo progetto del 1893 il Prof. Stoos tenne conto di tali fatti. L'art. 23/I aveva il seguente tenore: l'agente che ha commesso il fatto e l'istigatore che lo ha indotto a commetterlo incorrono nella pena che la legge prevede per gli autori del reato. Più tardi, però, nuove idee vennero ad esercitare la loro influenza sulla scienza del diritto penale e la distinzione tra reità e complicità sparì. Lo Stoos, però, nella revisione del suo primo progetto statuì che l'istigatore, che aveva determinato intenzionalmente l'agente materiale a commettere il reato, doveva essere punito come l'autore.

Il secondo progetto preliminare del 1896, elaborato dalla Commissione degli esperti, statuì che, chiunque avesse determinato intenzionalmente un altro a commettere un reato, doveva essere punito con la pena prevista per l'autore, e che chiunque avesse determinato altri a commettere un reato punibile con la reclusione, avrebbe beneficiato dell'attenuante prevista per il reato tentato (art. 23/I). Tale situazione non subì alcun cambiamento nei progetti preliminari dell'agosto 1915 e ottobre 1916. In una proposta del Consiglio federale, accompagnata da una Relazione del 23 luglio 1918 al Parlamento, si trova il seguente articolo: « 3° Determinare un reato non intenzionale ». Art. 25: « chiunque determina intenzionalmente a compiere non intenzionalmente un atto punito dalla legge incorre nella pena prevista per il reato commesso intenzionalmente ». Questa disposizione è difficilmente comprensibile e non è in armonia con lo spirito del progetto.

Nella sua seduta dell'8 marzo 1928, il Consiglio Nazionale decise la soppressione dell'art. 25 e poco tempo dopo il Consiglio degli Stati adottò un'analoga decisione.

Il nuovo codice penale svizzero ha ritenuto opportuno riservare il problema della reità al libero apprezzamento del giudice ed alla teoria.

II. Capitolo

Concetto e natura della reità mediata

In buona parte dei casi, la reità mediata può mettere il legislatore in grado di fornire una risposta a talune domande relative ad un problema che egli ha omesso di risolvere. Essa è uno dei mezzi impiegati per colmare una lacuna. Una serie di autori asserisce che in tutti i casi, in cui il concetto dell'istigazione si palesa insufficiente, debba essere presunta la reità mediata, e ciò senza aver riguardo del fatto che ciò sia o meno compatibile col concetto della reità mediata, con lo spirito della legge e l'ordine giuridico. Un'altra opinione, basandosi sulla dottrina della cosiddetta « interruzione del nesso di causalità », vorrebbe limitare la reità mediata ai soli casi in cui l'agente materiale non abbia agito liberamente o fosse inimputabile o incorresse in un errore. [1])

Nella maggior parte dei codici penali, la reità mediata non è stata disciplinata. Non troviamo alcuna disposizione riferentesi ad essa nella legge federale del diritto penale federale del 1853 e neppure nel codice penale svizzero o nella legislazione cantonale. E' ignorata altresì dal codice penale italiano. In questi ultimi tempi, la reità mediata è ripetutamente stata oggetto di discussioni dogmatiche. [2]) Dobbiamo distinguere, secondo la configurazione delle volontà criminose degli uomini, varie forme di reità.

Si parla di reità mediata nei casi in cui l'autore responsabile, nel compimento di un fatto criminoso, non agisce personalmente, ma affida, per intero od in parte, la realizzazione dell'evento ad altri. Affinchè si possa parlare di reità mediata nella commissione di un delitto, è necessario che vi abbiano partecipato più persone. L'A assume la parte obiettiva del fatto, compiendo gli atti esecutorî, il B lo determina a compierli, e, dal punto di vista obiettivo, non esplica che una attività preparatoria o sussidiaria. Ciononostante, e in determinate condizioni, quest'ultimo è considerato rispettivamente l'autore del delitto o l'agente del crimine qualificato compiuto intenzionalmente, e cioè il reo mediato. [3]) Tizio però che non compie gli atti esecutorî è considerato « semplicemente uno

---

[1]) Wolf P.: Betrachtungen über die mittelbare Täterschaft, Strafrechtl. Abhandlung, Heft 225, Breslau, 1927.

[2]) vedasi Hegler: Zum Wesen der mittelbaren Täterschaft

[3]) Hegler R.G. Festschrift, vol. V, 1929, pag. 305

strumento ». Non soltanto l'A. e cioè l'individuo che compie materialmente il fatto, è responsabile, ma anche il B, che si è servito di lui nella realizzazione dell'evento.

La reità diretta, invece, dev'esser presunta quando, a prescindere da insignificanti sfumature, si verificano nei riguardi dell'agente (autore immediato, secondo il Berner) [1]) tutti i presupposti del reato. L'espressione « auto-compimento » (Selbstausführung) non dev'essere interpretata letteralmente.

Si può diventare agente, non solo compiendo personalmente degli sforzi fisici o intellettuali, ma anche servendosi delle forze di un inimputabile, di un infermo di mente o di persona tratta in inganno.

Il Berner [2]) dice : L'autore immediato deve aver voluto compiere un fatto proprio, egli lavora per la realizzazione della sua intenzione. L'opinione dominante definisce autore colui che realizza tutti gli elementi costituenti il fatto, sia obiettivi che subiettivi. Se l'agente riunisce in sè tutti gli elementi costitutivi, sia subiettivi che obiettivi, provocando direttamente, mediante la sua azione, una modificazione del mondo esteriore nel senso che egli distrugge, annienta, menoma o deteriora un bene o un interesse, si parla di reità immediata.

Nel caso, però, in cui l'agente si serve di altri, determinandoli a compiere atti esecutorî, ci troviamo di fronte alla reità mediata; e ciò in quanto egli induce ad agire una persona che non riunisce in sè tutti gli elementi subiettivi e obiettivi del reato.

Nel suo trattato di diritto penale, il Listz [3]) si esprime nei seguenti termini: l'autore è colui che compie tutti gli atti esecutorî costituenti il fatto punito dalla legge; commette violenza carnale chiunque costringe o abusa di una donna; è rapinatore colui che usa violenza nell' impossessarsi di una cosa. Egli non distingue se il successo sia dovuto semplicemente alle proprie forze fisiche, allo sfruttamento di una forza della natura, ad uno strumento, ad un animale, ad un inimputabile. Un caso simile è definito dal Liszt « reità finta ».

Sotto le parole « chi compie tutti gli atti esecutorî » non si può evidentemente intendere che colui che compie una azione mediante la quale il reato si palesa al mondo esteriore. Già l'espressione atto esecutorio esclude qualsiasi riferimento al modo in cui è stato commesso il fatto. Se ciò è il caso, la

---

[1]) Berner: Teilnahme am Verbrechen, pag. 206

[2]) op. cit., pag. 171

[3]) Liszt: Lehrbuch für das Strafrecht, 25ª ediz., 1927

prima frase si deve riferire all'elemento obiettivo, mentre la seconda riguarda la piena realizzazione dell'evento. Non vi può essere alcun dubbio che uno degli elementi principali costitutivi del fatto sia da ricercare nella consapevolezza dell'illegittimità, del dolo e dell'intenzione. Ne consegue che il Liszt — nella sua definizione — ha voluto vedere in detto elemento un secondo presupposto essenziale del reato. Secondo la loro natura, però, i due criteri indispensabili, e cioè gli elementi sia obiettivi che subiettivi, si trovano l'uno di fronte all'altro sotto forma di analogia, il che si rivela insostenibile, dato che non soltanto un unico fattore, ma la sola unione di ambo i fattori può dare all'individuo la qualità di autore. Contrariamente agli altri autori, il Liszt ha sottovalutato l'elemento subiettivo. Egli considera l'agente un « autore fisico », quale strumento nelle mani del princeps sceleris. Alla fine della sua definizione, il Liszt dice: questo compimento mediato lascia supporre la reità mediata anche nei casi in cui non è possibile che la sola azione fisica o diretta.

L'espressione « agente fisico » non può essere impiegata che in riferimento alla reità mediata, perchè essa si riferisce alla esclusiva attività esecutoria del terzo, prescelto dal reo mediato.

a) Dal punto di vista della colpevolezza, manca all'agente il dolo, [1]) se egli:

   1) risulta inimputabile;

   2) abbia compiuto il fatto per un errore escludente l'intenzionalità:

   3) non sia in grado di agire intenzionalmente.

b) Non si può parlare di dolo dell'agente, poichè, nel fatto concreto, il suo comportamento non può essere giudicato contrario ai sensi della legge.

Lo Hafter [2]) dice : Riveste inoltre la qualità di agente colui che si serve di un'altra persona priva di volontà o che almeno agisce non intenzionalmente quale semplice strumento, allo scopo di far commettere il reato (reità mediata intellettuale).

Essa è da distinguersi dall'istigazione.

---

[1]) Schmidt Eberhard: Die mittelbare Täterschaft, Festgabe für Frank, vol. 2, pag. 124

[2]) Hafter: Lehrbuch des Strafrechts, parte gen. 1926, pag. 210/211

Sussiste reità mediata nei seguenti casi:

a) quando, nella commissione del reato, l'autore si vale dell'opera di un inimputabile, di un infermo di mente. di un ipnotizzato, di un fanciullo;
b) l'esecuzione è effettuata da persona in istato di costringimento irresistibile, che non si trova in condizioni di far valere la sua volontà (vis absoluta) [1];
c) l'esecutore è soggetto all'autorità, alla direzione od alla vigilanza di altri nell'adempimento del suo dovere, sia nella veste di funzionario statale o d'impiegato privato; [2]
d) l'autore si è valso, nell'esecuzione del reato, di persona in buona fede e agente per errore, anche nel caso in cui l'autore stesso abbia causato tale errore.

Il Thormann ed il von Overbeck [3] dicono: Se l'autore sceglie per strumento una persona che non apparisce nella veste dell'agente intenzionalmente (nel caso contrario sussisterebbe l'istigazione), si verifica il caso della reità mediata. Esempi: qualcuno si serve di un inimputabile allo scopo di uccidere una persona o di far sottrarre una cosa, oppure qualcuno realizza l'evento, mettendo un altro in uno stato di costrizione irresistibile o provocando un errore essenziale, tale da determinarlo a compiere un atto esteriore e di ledere in conseguenza se stesso od un terzo (somministrazione di un veleno, dall'altro ritenuto un medicamento). La controversia relativa alla sussistenza della reità mediata, anche nei casi in cui il fatto non può compiersi che direttamente (atti osceni, deposizione falsa, porto abusivo di uniforme, delitti d'ufficio, ecc.), è stata risolta in senso affermativo per tutti i casi previsti dall'art. 25 « Messaggio », pag. 10 e seguenti. Questa disposizione però, data anche la sua redazione poco chiara, venne soppressa su proposta della Commissione del Consiglio Nazionale.

Nei riguardi della reità mediata, il Ferri [4] si esprime nei seguenti termini: se il reato non è stato concepito, voluto ed eseguito da una sola persona, ma è il risultato di atti psichici e fisici di due o più persone, è necessario accertare e disciplinare giuridicamente le responsabilità individuali dei

---

[1]) chiunque svolge un'attività in istato di costrizione irresistibile, non agisce. La sussistenza di tale stato è una questione di fatto. Se l'esecutore, invece, agisce sotto una violenza morale (vis compulsiva) sussiste l'istigazione

[2]) B.St.G., art. 28 e codice penale militare, art. 30.

[3]) Thormann- v. Overbeck: Schweiz. Strafgesetzbuch, vol. I, pag. 118/119

[4]) Ferri: Principi di diritto criminale, pag. 550.

singoli correi. Il criterio puramente obiettivo nell'analisi giuridica degli elementi costitutivi del fatto ha condotto, sia nel caso del delitto tentato individuale, che nella partecipazione ad un delitto collettivo, ad una infinità di distinzioni più o meno artificiose accompagnate dalle corrispondenti dosimetrie criminali. Per tale ragione, la dottrina criminalistica conosce due criteri metodici per disciplinare giuridicamente la correità: il criterio obiettivo della scuola classica, in cui la attività del singolo è considerata un semplice contributo o coefficiente causale dell'entità giuridica del fatto, ed il criterio subiettivo della scuola positiva, secondo cui, nel giudicare l'azione, dev'essere tenuto conto della personalità dei criminali che hanno contribuito alla realizzazione del fatto.

La reità mediata ha le sue origini nella dottrina sul nesso di causalità; è però una fonte che abbisogna di molte delucidazioni. Trattasi di poter rispondere alla domanda che già contiene in se stessa il nocciolo del problema nella dottrina sulla partecipazione al delitto e cioè di sapere: chi dev'essere punito come autore del reato nei casi in cui al suo compimento hanno partecipato più persone? Nella distinzione tra reità e partecipazione riveste un'importanza primaria il fattore causalità. La reità consiste nel produrre una causa, mentre la partecipazione non risulta che dal produrre una semplice condizione. La causa è perciò causalità materiale, la condizione invece causalità interposta. Il reo mediato deve pertanto aver prodotto una causa necessaria o sufficiente per la realizzazione dell'evento.

Il Birkmeyer [1]) dice che la causa, intesa nel senso del diritto penale, è quella tra le condizioni del successo che abbia contribuito in misura maggiore a produrre l'evento. A tale proposito non deve e non può essere disconosciuto che anche le altre cause hanno contribuito alla realizzazione dell'evento. E' necessario però, per esigenze pratiche, porre in rilievo una delle cause. La natura stessa delle cose non permette di attribuire alle altre la medesima importanza, dato che sempre una sola causa può essere ritenuta quella determinante. Questa circostanza non viene riconosciuta dagli avversari di tale opinione, i quali asseriscono che una causa non può essere più importante di un'altra nella produzione dell'evento. In determinate condizioni, non sarà possibile alle modeste forze umane accertare con precisione la misura in cui le singole condizioni abbiano contribuito alla realizzazione dell'evento. In ogni modo, però, deve rimanere salvo il libero apprezzamento del giudice.

---

[1]) Ueber Ursachenbegriff, pag. 272, Gerichtssaal 37.

La cosidetta teoria delle cagioni adeguate del von Bar [1]) si trova in opposizione con quella del Birkmeyer. Il von Bar vede nella causa una condizione per effetto della quale il corso regolare e prevedibile degli avvenimenti subisce qualche contrattempo. Secondo la teoria del Kries, l'azione umana può essere causa soltanto se essa non sia stata una condizione del successo, trovantesi al di fuori del prevedibile corso degli avvenimenti, e dovuto ad una concatenazione di circostanze imprevedute.

Il Binding [2]) dice: Una condizione sfavorevole non può essere condizione di successo perchè, per esserlo, dovrebbe influire positivamente. Una teoria causale, basata sul concetto metafisico dell'effetto, viene sostenuta da Horn[3]), Kraus[4]) Herborn [5]), e specialmente dal Kohler [6]). Il Kohler chiama causa l'elemento determinante l'esistenza e l'intensità dell'azione. Se, ad esempio, si semina, l'azione del seminare è causa unica del germogliare del frutto; bisogna aggiungere poi, come condizione, l'umidità ed il calore. La natura del successo è determinata dalla sua causa. La differenza tra causa e condizione è basata sulla differenza esistente tra energia germogliatrice e l'atmosfera in cui l'azione si manifesta. Questa distinzione però non sembra fondata. L'energia germogliatrice si trova in tutte le materie e spesso il clima e l'atmosfera si rivelano della massima importanza, sia per la conservazione della pianta che dei semi. Giuridicamente poi questa distinzione risulta ancora meno sostenibile. Energia germogliatrice e condizioni di sviluppo, spesso, non possono essere separate. L'aver determinato una condizione, infine, non è che lo scatenare di una energia.

Nella vita quotidiana questa distinzione scompare completamente. Si potrebbe vedere tutt'al più una forza attiva nel movimento fisico ed immediato del corpo, mentre tutto il resto non verrebbe rappresentato che da condizioni.

Nella dottrina della reità mediata non esiste che una distinzione fondamentale e cioè quella tra reati d'azione e reati d'omissione, sia semplici che impropri. Dei primi può essere autore soltanto chi abbia compiuto personalmente il

---

[1]) Gierlich Ernst: Die Grenzen der mittelbaren Täterschaft im Reichsstrafrecht § 4.

[2]) Die Normen und ihre Übertretungen 1890, pag. 116.

[3]) Der Kausalbegriff in der Philosophie und im Strafrecht 1893, pag. 13 e seg.

[4]) Das Dogma von der Ursachlichkeit der Unterlassung, vol. 30 pag. 6.

[5]) L'agent provocateur 1901, pag. 51

[6]) Studien aus dem Strafrecht, pag. 83 e seg.

fatto. Colui che non compie il fatto di persona non è che un partecipe. Se ci domandiamo se tutti i reati possono essere compiuti indirettamente, possiamo rispondere che, per la loro stessa natura, debbonsi escludere i cosiddetti delitti commessi in proprio.

Se [1]) la reità mediata sussiste in tutti i casi in cui una persona (sia illegittimamente che dolosamente) determina un terzo, che non agisce intenzionalmente, a compiere il fatto, è ovvio che, in tutti i casi di reità mediata, l'elemento costitutivo si palesa nell'assenza dell'intenzione da parte dell'agente materiale. I singoli casi di reità mediata si presentano, vorrei dire, spontaneamente se si tien conto delle varie possibilità del compimento intenzionale degli atti esecutori.

Tutti i reati possono essere compiuti indirettamente (reità mediata). [2]) Soltanto la legge può escludere questa forma particolare di colpevolezza di taluni tipi di delitti, [3]) A prescindere da tale riserva, non esistono altre restrizioni in materia di reità mediata.

La suddivisione dei delitti in reati d'azione e reati di evento, quale base della reità mediata, non trova alcuna giustificazione nel caso in cui noi consideriamo qualsiasi reato un danno sociale. Se l'autore (mediato) realizza i principali elementi costitutivi del reato, egli rimane sempre autore, anche se non compie personalmente l'azione esteriore, e a prescindere dalla sussistenza di un reato d'azione o di un reato d'evento. Non è scopo del diritto penale di sottoporre a sanzione una determinata azione od un determinato evento, perchè il diritto penale si occupa in primo luogo delle manifestazioni di volontà socialmente pericolose o dannose. [4])

Lo Hegler [5]) parte dal punto di vista che gli elementi obiettivi del fatto, aventi carattere puramente sintomatico nei riguardi della parte interna e subiettiva e della colpa, debbono sussistere nella psiche dell'agente stesso, affinchè egli possa essere considerato autore di un delitto. Il penetrare in un locale chiuso, in occasione della commissione di un furto aggravato, rappresenterebbe secondo lo Hegler — uno degli elementi summenzionati.

---

[1]) Schmidt Eberhard: Die mittelbare Täterschaft, Festgabe für Frank, pag. 123.

[2]) Schmidt Eberhard: op. cit., pag. 128.

[3]) ad esempio il § 160 del codice penale germanico, relativo ai delitti contro il giuramento.

[4]) Niedermann Max: Untersuchungen über Begriff und Wesen der mittelbaren Täterschaft, pag. 86.

[5]) Hegler: Festgabe für R.G., vol. V, pag. 314, nota 35.

III. Capitolo

I vari modi di trattare il concetto della reità

Gli articoli 24 e 25 del codice penale svizzero prevedono le pene applicabili all'istigatore ed al complice, ma essi non dicono chi sia l'agente. Troviamo, sia nella scienza che nella prassi, varie definizioni del concetto della reità. Grazie ad esse, siamo posti in grado di colmare la lacuna esistente nel codice penale.

Il Gierlich [1]) cita non meno di cinque gruppi principali di teorie, aventi tutte per iscopo il raggiungimento della stessa mèta: l'agente è colui che cagiona, che ha prodotto una causa. Il concetto della reità è apparso molto più tardi nel diritto penale che non tanti altri problemi. Lo Schmidt [2]) ed il Metzger [3]) sono stati i primi ad occuparsi del concetto della reità. Tra i più recenti criminalisti, il Frank si è rivelato un sostenitore della causalità, affermando che la reità consiste nel produrre una causa e la partecipazione nel produrre semplicemente una condizione. Il concetto della causalità non è specificamente giuridico, ma appartiene anche al campo della logica emozionale [4]); ne consegue che, dalla logica, non è possibile estrarre un concetto della reità puramente giuridico. Altri autori [5]) dicono che il reo o correo sono coloro che compiono gli atti esecutori, ed i complici coloro che compiono altre azioni, per esempio atti preparatori o di semplice cooperazione.

Non dello stesso parere è il Tribunale del Reich, secondo cui sarebbe decisivo l'orientamento della volontà: « autore è colui che agisce con l'animus auctoris, mentre il complice

---

[1]) Die Grenzen der mittelbaren Täterschaft im Reichsstrafrecht. Diss. Heidelberg, 1909. pag. 9.

[2]) Frank, Festg. 2, pag. 107 e seg.

[3]) Lehrbuch, pag. 415 e seg.

[4]) Schmidt: Frank-Festg. vol. 2, pag. 106

[5]) Wild Karl: Die unterschiedliche Behandlung des mittelbaren und des unmittelbaren Täters, pag. 3.

agirebbe con l'animus socii ». Secondo lo Schmid [1]), la reità mediata sarebbe una varietà della reità. Come ho già avuto occasione di far presente nel capitolo relativo al concetto ed alla natura delle reità mediata, quest'ultima sussiste nei casi in cui qualcuno contravviene alla legge mediante l'azione di un altro che non risulta responsabile, sia perchè inimputabile o non colpevole. Lo Schmidt [2]) asserisce che, giuridicamente, non vi è differenza tra reità mediata e reità immediata se non nella diversa denominazione di alcuni particolari del fatto, che indicano come anche l'agente passivo sia da considerare autore. Ecco perchè la cosiddetta teoria della « preponderanza » (Uebergewichtstheorie) dello Hegler, con la quale egli cerca di sostenere la reità mediata, diventa superflua. [3])

Secondo la medesima, l'attività dell' individuo che, dal punto di vista obiettivo, determina o appoggia, pesa molto di più di quella del semplice esecutore. Il fatto che egli produce un elemento obiettivo, rivolto verso la realizzazione estrinseca dell'evento criminoso, è giuridicamente più che compensato dalla mancanza di un'azione propria. Ne consegue, che egli apparisce nella veste dell'autore principale. L'altro, invece, che è stato indotto a compiere l'attività esecutoria, nonostante che egli abbia obiettivamente agito, non può essere considerato autore per effetto della mancanza di altri elementi. Soltanto alcuni autori sono del parere che tutti i delitti possano essere commessi in reità mediata. Ad eccezione dei delitti del falso giuramento, detti scrittori non conoscono alcuna restrizione speciale nei riguardi della reità mediata. L'espressione « delitto commesso in proprio » è stata creata dal Binding. [4]) Trattasi di reati che, per la loro stessa natura, non possono essere commessi che personalmente. Altri autori, come il Frank Beling, non condividono detta opinione, e distinguono tra delitti d'evento e semplici delitti d'azione. E' esclusa la reità mediata nei casi dei delitti d'azione che il Beling chiama delitti formali. Quando abbiamo a che fare con veri e propri delitti speciali, il reo mediato, che in fondo non è che un reo, deve aver dimostrata la sua qualità col compimento del fatto stesso. [5])

Nei semplici atti preparatorî, l'individuo manifesta un minor grado di pericolosità sociale che in quelli esecutorî, per-

---

[1]) Festgabe für Frank, vol. 2, pag. 107.
[2]) op. cit. pag. 120/121.
[3]) Wild Karl: op. cit., pag. 5.
[4]) Grundriss, pag. 146.
[5]) Festgabe für Frank, vol. 2, pag 130.

chè i primi sono separati dall'evento da un determinato periodo di tempo, che diminuisce la probabilità della realizzazione dell'evento. Poichè si devono considerare pericolosi socialmente anche gli atti preparatorî, il legislatore deve necessariamente dichiararli punibili. Le relazioni, esistenti tra i detti atti preparatorî ed esecutorî, possono anche essere considerate sotto un duplice aspetto: dell'incitamento, nel caso in cui l'atto esecutorio è stato compiuto senza dar luogo ad alcun atto preparatorio; dell'appoggio ad un atto esecutorio, anche se quest'ultimo fosse stato compiuto senza l'atto preparatorio e che questo abbia aumentato la probabilità di successo della esecuzione.

Per quanto concerne la questione della pericolosità e quindi anche del misfatto, la circostanza dell'identità del soggetto che compie gli atti preparatorî con quello che determina gli esecutorî non ha alcuna importanza. Un altro problema è quello di sapere se esista proprio la necessità di considerare, in ambo i casi, quali fatti punibili gli atti preparatorî. Qui dobbiamo distinguere: detta necessità non sussiste nei casi in cui gli atti preparatorî e quelli esecutorî siano stati compiuti dal medesimo individuo. Se l'atto esecutorio viene effettivamente compiuto, il reo ne deve subire le conseguenze penali; se, invece, esso non si compie, l'atto preparatorio si rivela un semplice falso allarme.

Il Berner [1]) chiama semplicemente reo l'autore immediato. Anche il Kitha [2]) adopera lo stesso vocabolo.

Secondo l'Abegg [3]), non è possibile accertare se l'intenzione dell'autore fisico o immediato sia diretta verso il compimento del delitto, perchè può anche sussistere una reità colposa; indispensabile rimane, in ogni caso, la sussistenza di una volontà, senza la quale nessuna azione è possibile. L'autore intellettuale, però, nel determinare un altro a compiere una azione criminosa ed anche nei confronti del reato stesso, agisce sempre dolosamente, per il fatto che egli esercita la sua influenza sopra un'altra persona o perchè se ne serve quale strumento ai fini della realizzazione di uno scopo criminoso.

---

[1]) Berner: Teilnahme am Verbrechen, pag. 206.

[2]) Über das Zusammentreffen mehrerer Schuldigen bei einem Verbrechen und deren Strafbarkeit, Vienna, 1840.

[3]) Strafrechtswissenschaft, pag. 112, 113.

La reità mediata [1]) non differisce da quella immediata; essa non rappresenta che una variante nell'esecuzione del reato. Per giustificare la sua esistenza dovrebbero quindi essere create delle disposizioni legislative più o meno artificiose nel diritto positivo. Essa è invece un fenomeno naturale, che si svolge secondo il normale corso degli avvenimenti.

Il Koch [2]) dice: Se il delitto è stato compiuto in tutti i suoi particolari, ne è autore colui che, mediante il suo modo di agire, lo ha reso possibile. Una singola persona ha la possibilità di realizzare un fatto. Se, però, alla realizzazione del fatto partecipano più persone ci troviamo di fronte alla partecipazione. Nei riguardi della partecipazione il concetto della reità si palesa problematico. In quest'ultimo caso, è pertanto necessario stabilire se tutti i partecipi siano da considerarsi autori.

Il Beling [3]) è il principale sostenitore dell'interpretazione restrittiva dello stato di fatto. Egli ha sostenuto un concetto di reità molto ristretto, allo scopo di poter considerare nella persona del reo esclusivamente l'esecutore materiale. La reità mediata non può trovar posto in questa interpretazione restrittiva, per il fatto che il reo mediato non compie egli stesso l'azione esecutoria, che egli invece affida ad un altro. Allo scopo di evitare che restino impuniti i casi di reità mediata, è necessario comprenderli tra le disposizioni relative alla partecipazione. Nell'intento di scoprire l'autore tra le varie persone che hanno partecipato alla commissione di un reato, è necessario esaminare ed accertare i rapporti esistenti tra le medesime, di confrontare e valutare i loro rapporti alla realizzazione del reato, e ciò nell'intento di stabilire presso quale o quali delle persone sussista la preponderanza di una o più azioni. Poichè la figura giuridica della reità mediata non può essere illustrata dogmaticamente, si è venuti nella determinazione di estendere il concetto della reità, allo scopo di poter abbracciare tutti i casi della reità mediata. Questa interpretazione estensiva del concetto della reità è stata sostenuta dallo Schmidt [4]). Secondo l'interpretazione estensiva, l'agente [5]) è colui che commette personalmente il fatto o che coopera in un modo qualsiasi alla realizzazione del fatto di un terzo, vale a dire ogni persona, la cui azione si rivela causale per la commissione del reato. Anche lo Schmidt [6]) al contrario del Beling, si rivela un

---

[1]) Nagler: Die Teilnahme an Sonderverbrechen, pag. 68.
[2]) Mittelbare Täterschaft, pag. 12 e seguenti.
[3]) Grundzüge, pag. 37.
[4]) Festgabe für Frank, vol. 2, pag. 106.
[5]) Koch: Mittelbare Täterschaft, pag. 23.
[6]) Festgabe für Frank, vol. 2, pag. 106.

sostenitore dell'interpretazione estensiva. Egli giunge all'interpretazione estensiva poichè, in base allo studio normativo del diritto penale, sostiene il pensiero gnostico-naturalistico. Egli prende come punto di riferimento lo scopo che il diritto penale deve avere. Il legislatore formula le norme giuridiche nell'intento di rendere possibile una equa valutazione delle lesioni dei beni giuridici. Egli vuole inoltre fornire al giudice una guida su come e quando dev'essere valutato, nel caso concreto, un atto contrario alla legge. [1])

L'elemento essenziale, nella discriminazione normativa di un determinato modo di agire, non sussiste nelle varie azioni fisiche componenti il fatto criminoso e che si svolgono secondo un determinato ordine esteriore, ma bensì nella realizzazione del delitto ad esse dovuto e in una lesione di determinati interessi [2]) Per la esatta definizione del concetto della reità, ciò significa che la valutazione penale e la responsabilità criminale, che ne risultano, si riferiscono a tutti coloro che, mediante il loro comportamento e indipendentemente dalla natura estrinseca del medesimo, hanno cagionato una lesione d'interessi. [3]) Ne consegue che, se la legge ignorasse le disposizioni relative alla reità ed alla partecipazione, « chiunque ha reso possibile il fatto incriminato, provocando (materialmente parlando) illecitamente o dolosamente una lesione di un bene giuridico, dev'essere considerato l'autore del fatto in questione ». [4]) I sostenitori della teoria sullo stato di fatto non si basano soltanto sull'atto esecutorio compiuto con l'ausilio della causalità, ma prendono come punto di riferimento lo stato di fatto giuridico. Tra i sostenitori di tale principio troviamo il Birkmeyer, il Binding, il Beling, l'Allfeld. Alla domanda « cosa debba intendersi per atto esecutorio vero e proprio e per le altre varie azioni », ci risponde la legge stessa. Alcuni considerano identici l'atto esecutorio e il compimento del fatto. Il Beling [5]) parla di « nocciolo » dello stato di fatto, che comprende i soli atti esecutorî ed egli distingue inoltre tra atti accessori e posteriori. « L'esecuzione [6]) è l'azione, che, si può dire, ha condotto alla realizzazione dell'evento anche senza che intervenissero ulteriori azioni dolose; l'atto preparatorio è l'azione

---

[1]) op. cit., pag. 117.

[2]) Schmidt: op. cit., pag 117.

[3]) Schmidt: op. cit., pag 117.

[4]) Schmidt: op. cit., pag 117.

[5]) Beling, L.V.V., pag. 250.

[6]) Wilde: Die unterschiedliche Behandlung des mittelbaren und des unmittelbaren Täters, pag. 18.

che, integrata da un altro atto doloso, conduce alla realizzazione dell'evento ».

Anche il Frank [1]) si rivela un sostenitore della teoria dello stato di fatto; per questo autore, l'eseguire non è che un termine collettivo per le azioni corrispondenti ai vari delitti. Secondo il Frank l'inizio dell'azione può essere stabilito in tutte le forme di attività. Anch'egli è del parere che i limiti tra esecuzione e preparazione non siano ben definiti, il che renderebbe difficile stabilire delle norme di carattere generale. Altro sostenitore della teoria in questione è il von Hippel. [2]) Secondo lui, l'atto esecutorio s'identifica col compimento del fatto ed è quindi lo svolgimento di una attività criminosa corrispondente ad un fatto, considerato, nel caso concreto, punibile dalla legge. Gli atti preparatorî, sempre secondo il von Hippel, sono rappresentati dall'azione che precede la commissmissione del reato, ma che non costituiscono il fatto stesso.

La delimitazione tra reità e partecipazione forma l'oggetto delle indagini sul concetto della reità. Con la partecipazione di altri, l'atto del reo non subisce alcuna modificazione e rimangono giuridicamente immutati i rapporti tra l'agente e l'evento, anche nel caso di una cooperazione da parte di altre persone. L'agente rimane sempre colui che ha realizzato tutti gli elementi obiettivi e subiettivi del reato, o, meglio, colui che dolosamente ha prodotto la causa dell'evento. [3]) Nei casi in cui l'uomo entra in giuoco come una qualsiasi forza naturale, il diritto penale non ha più alcuna competenza. L'azione umana ha la sua importanza per il diritto penale soltanto in quanto in essa si riflette una volontà contraria alle vigenti disposizioni penali. La giustizia non si può occupare della volontà fino a quando essa non abbia assunto una forma concreta nel mondo esteriore. Esiste generalmente un parallelismo tra volontà ed evento, ma non necessariamente, in quanto vi sono casi in cui l'attività fisica non s'identifica con quella psicologica.

L'elemento, che distingue l'agente dal partecipe, non deve essere ricercato nella quota-parte del contributo offerto dal primo in occasione della realizzazione dell'evento criminoso, ma bensì nell'intenzione dell'agente, e precisamente dal momento in cui si è formata la sua volontà fino al compimento del fatto.

---

[1]) Wilde: op. cit., pag. 19.
[2]) Wilde: op. cit., pag. 19.
[3]) Nagler: Die Teilnahme an Sonderverbrechen, pag. 43.

a) *La teoria obiettiva:*

Essa considera autore colui che realizza tutti gli elementi che — secondo la legge — costituiscono il reato; diversa è la natura dell'attività del complice. Secondo la teoria obiettivo-formale, dipenderebbe dalla redazione dei testi riferentisi alle sanzioni penali se un'azione debba considerarsi reità o complicità; ciò varrebbe anche per i casi in cui detta redazione non fosse stata fatta con riferimento alle norme regolanti la partecipazione.[1]) Nelle sanzioni penali incorre innanzitutto l'agente unico; se però, alla commissione di un reato, hanno partecipato più persone, è necessario scoprire l'individuo che, tra i partecipi, abbia svolto un'attività corrispondente a quella dell'agente unico, al quale dev'essere parificato.

Il Beling [2]) dice: la circostanza che la partecipazione si lasci senz'altro classificare sotto una norma giuridica, può essere considerata un indizio per la sua parificazione all'atto diretto per il quale ultimo è prevista una sanzione penale. La utilità pratica ed il campo di applicazione della teoria obiettiva sono assai limitati. Il concetto del fatto costituente il punto di riferimento non è sempre afferrabile, poichè la natura dell'azione non è riconoscibile che nei cosidetti delitti d'azione e delitti formali. Alcuni seguaci della distinzione formale-obiettiva hanno tentato di definire la natura dell'azione anche per i cosiddetti « delitti cagionati ». Gli uni non sono stati in grado e non hanno neanche tentato di ricercare e di mettere in chiaro le ragioni della minore punibilità delle azioni da loro denominate complicità. Altri, invece, hanno cercato di spiegare la minore punibilità del complice, facendo valere motivi puramente formali, abbandonando così il campo della distinzione formale-obiettiva.

b) *Le teorie della pericolosità:*

Dobbiamo distinguere dalle teorie della causalità le teorie della pericolosità, nonostante che queste ultime trovino il loro fondamento nel concetto della causalità. Secondo il Thon [3]) bisogna distinguere tra partecipazione e complicità; bisogna inoltre accertare, sulla scorta degli elementi forniti dal fatto compiuto, il pericolo esistente per il bene giuridico leso, ed esaminare se la probabilità di una lesione posteriore esisteva

---

[1]) Perten Paul: Beihilfe zum Verbrechen, pag. 9.
[2]) Verbrechen, pag. 246.
[3]) Festrede, pag. 67.

già o meno ed, infine, se l'azione del partecipe rappresenta un pericolo a sè per detto bene giuridico, oppure se essa abbia soltanto aumentata la probabilità del pericolo in questione.

Paul Perten [1]) cita il seguente esempio: Se tra due assassini, che si sono preventivamente messi d'accordo, l'uno di essi afferra ed immobilizza la vittima, mentre l'altro le vibra il colpo mortale, è responsabile di correità nella commissione dell'assassinio anche il primo poichè egli, date le circostanze, poteva contare sull'azione dell'altro. In queste circostanze, già per il solo fatto d'aver tenuto ferma la vittima rappresenta un grave pericolo per la vita della vittima.

Helmer [2]) prende come punto di riferimento la teoria obiettiva, dicendo: Il produrre una condizione, alla quale è da attribuirsi un'importanza di carattere generale, crea la reità, mentre il produrre una condizione che non può rivestire tale importanza, non viene quindi punito. Tra queste due categorie di condizioni, ve n'è una terza, che non riveste in misura sufficiente quella importanza che ha l'una per la realizzazione dell'evento. Una tale condizione della terza categoria è quella prodotta dal complice. Il Liepmann [3]) si riferisce pure alla cosiddetta «teoria del cagionamento adeguato» e dice: l'agente è colui che ha prodotto le condizioni decisive per la realizzazione dell'evento. La mancanza di esse che secondo le probabilità umane....» Tra le condizioni che conducono, secondo i calcoli della probabilità, alla realizzazione dell'evento, si può, infine, fare un'altra distinzione. Dall'agente che compie l'azione e che produce quindi le condizioni essenziali per la realizzazione dell'evento, possiamo distinguere il complice, il quale intenzionalmente consiglia o presta assistenza all'autore nella commissione del fatto. Il suo comportamento però non ha carattere decisivo per la realizzazione dell'evento, di modo che, con l'eliminazione della sua attività, non viene a mancare che uno degli elementi, che avrebbe favorito e aumentato le possibilità di successo dell'azione di un altro. Si può pertanto dire che il complice produce delle condizioni decisive per il comportamento dell'autore, ma soltanto favorevoli per il raggiungimento del fatto.

Anche il Feuerbach [4]) ha ideato una teoria che si basa sul concetto della pericolosità. Egli scrive a tale proposito: La ragione di qualsiasi punibilità va ricercata nella necessità del

---

[1]) Die Beihilfe zum Verbrechen, pag. 34.
[2]) Über den Begriff der fahrlässigen Täterschafft.
[3]) Einleitung, pag. 76 e seguenti.
[4]) Revisio 11, pag. 243.

mantenimento dello stato giuridico. La vera e propria lesione del diritto si trova in antitesi con tale ragione; ne consegue che l'azione atta a produrre una vera lesione rappresenta un grave pericolo che giustifica in se stesso la punibilità. [1])

Al contrario di quanto si è detto circa l'atto originario, il Feuerbach si esprime nei seguenti termini per quanto si riferisce all'azione del complice: « La sua attività ha per iscopo immediato il favoreggiamento di un atto illegittimo di un altro.»

Nella sua azione è quindi contenuta una delle ragioni per la realizzazione della lesione di un diritto. Detta lesione però non è l'oggetto della sua azione, perchè egli non coopera direttamente alla realizzazione della lesione e perchè la sua attività non ha alcuna influenza diretta sul reato, ma unicamente sull'azione dell' autore. L'azione dell' autore è in più stretta relazione con la lesione del diritto che non con l'azione del socio; nella prima è contenuta la causa positiva del reato, mentre la seconda non contiene che una causa negativa. La azione del primo rappresenta pertanto una causa importante per la probabilità e la realizzazione del delitto, il che non può essere detto nei riguardi dell'azione compiuta dal secondo. Ne consegue che le azioni del complice rivestono un minor grado di pericolosità di quella dell'autore.

c) *La teoria subiettiva:*

Essa si trova in antitesi con la teoria formale-obiettiva. Ponendoci la domanda se il dolo dell'autore è diretto verso il compimento del reato che egli intende realizzare quale delitto proprio o se quello del complice si limita ad appoggiare un'attività o l'intenzione di un altro, non ci avviciniamo alla soluzione della questione. Se vogliamo sapere se il dolo dell'agente è diretto alla realizzazione o meno dell'esecuzione, dobbiamo essere in grado di distinguere la realizzazione o esecuzione da altre attività cooperanti. [2]) Per poter dire con precisione se l'agente abbia voluto commettere o un delitto proprio o quello di un altro, si dovrebbe innanzitutto sapere quando un delitto dev'essere considerato proprio dell'agente e in quali casi quello di un altro. Soltanto se, sulla scorta degli elementi di fatto, è stato possibile far emergere tale distinzione, quest'ultima potrà essere riportata sulla

---

[1]) op. cit., pag. 248.
[2]) Perten Paul: Die Beihilfe zum Verbrechen, pag. 41.

volontà dell'agente. Se una distinzione risulta obiettivamente impossibile, allora si deve rivelare impossibile anche la distinzione fatta in base al dolo dell'agente. [1]) Se la distinzione obiettiva fosse veramente realizzabile, verrebbe a cadere l'antitesi tra le teorie subiettiva e obiettiva.

Il von Buri [2]) è l'autore di una ingegnosa combinazione delle teorie del dolo con le teorie degli interessi. Egli trova nella volontà dell'autore la differenza esistente tra la colpevolezza dell'agente e quella del complice. Secondo v. Buri il complice non sarebbe interessato al successo dell'azione, perchè, secondo la volontà del complice, è l'agente e soltanto l'agente che deve realizzare l'evento.

Von Buri [3]) dice inoltre che l'intenzione di colui che intende compiere degli atti principali nell'interesse di un terzo riveste un carattere speciale, e deve pertanto essere parificata all'intenzione dell'autore. [4]) Circa la natura del dolo del complice, il von Buri si esprime nei seguenti termini: la differenza esistente tra l'autore ed il complice non può emergere che nel fatto dell'indipendenza della volontà dell'autore che non sussiste nei riguardi della volontà del complice, che risulta sempre vincolata. Il complice desidera il successo dell'azione in quanto lo desidera l'autore. Se l'autore invece non desidera più che venga compiuto il fatto, allora neanche il complice vi deve essere interessato, sia pur indirettamente. La decisione relativa alla realizzazione del fatto deve pertanto rimanere sempre nelle mani dell'autore. Ma se il complice desidera che alla sua volontà segua il compimento del fatto da parte dell'autore, mentre questi vi rinuncia, il primo viene a manifestare una volontà che va oltre quella dell'autore. Ne consegue che, a detta volontà, deve essere attribuito carattere decisivo. Ma se il complice desidera che, dopo la sua attività, subentri quella dell'autore e se risulta che egli ha compiuto i suoi atti appunto perchè siano seguiti dell'esecuzione, dev'essere attribuito anche in questo caso carattere decisivo alla sua volontà. In quest'ultimo caso, egli complice non desidera il successo dell'azione perchè esso vien desiderato dall'autore, ma vede nell'azione dell'autore il mezzo per raggiungere i suoi scopi, mezzo che egli, nel caso in esame, impiega come se sfruttasse una qualsiasi forza naturale. Egli vuole quindi ciò che vuole in definitiva l'autore, il quale per lui non rappresenta che un mezzo da sfruttarsi come una forza naturale nell'intento di raggiungere la meta prefissa. Il com-

---

[1]) Porten, op. cit., pag. 42
[2]) v. Buri: Beiträge, pag. 329.
[3]) op. cit., pag. 335.
[4]) Kausalität (1885), pag. 41.

plice, secondo il von Buri, agisce col dolus eventualis, perchè non ha un interesse proprio al raggiungimento della meta, ma intende soltanto facilitare all'autore il raggiungimento dei suoi scopi.

d) *Le teorie mediatrici:*

Altri autori hanno tentato di sfruttare contemporaneamente gli elementi sia obiettivi che subiettivi, allo scopo di distinguere gli atti più o meno punibili dei partecipi. [1])

Il von Bar [2]) sostiene i seguenti principî:

1. Colui che svolge un'attività diretta a concretare un delitto, trovantesi ancora allo stato iniziale, e rendendo così la sua attività indipendente da quella altrui, riveste in ogni caso la qualità di autore. [3])
2. Però l'individuo che non partecipa direttamente all'esecuzione del delitto, compiendo cioè soltanto degli atti preparatorî, non riveste che la qualità del complice, anche se detti atti fossero stati d'importanza primordiale per la realizzazione dell'evento criminoso. [4])
3. Il complice però risulta « de lege ferenda » se la sua cooperazione si rivela difficile. Se il suo aiuto risulta poi un auxilium causamdans, allora egli deve essere punito nella sua veste di complice principale nello stesso modo come l'autore. [5]) Il giudicare se la partecipazione debba essere ritenuta sufficientemente grave per produrre l'evento è subordinato alla libera valutazione morale del contributo che ogni singolo partecipe ha dato nel raggiungimento dell'esito finale. E qui l'ipotetico giudizio sulla probabilità di sapere se l'evento criminoso sarebbe ugualmente stato realizzato o prima o dopo anche senza l'intervento di A o di B, o, se, viceversa, non avrebbe potuto realizzarsi senza tale intervento, nonostante che tale distinzione sia astratta e logicamente insostenibile, ha la sua importanza, perchè corrispondente alla valutazione delle azioni umane nella vita quotidiana. [6])
4. Tra i vari modi di partecipare all'esecuzione, bisogna distinguere se essa sia avvenuta col dolo del correo o col

---

[1]) Birkmeyer: allg. Teil, pag. 16, nota 3.

[2]) v. Bar: Gesetz und Schuld, 2.

[3]) op. cit. 603.

[4]) op. cit., pag. 604.

[5]) op. cit., pag. 605.

[6]) op. cit. pag. 602, 603.

dolo del complice. L'intenzione di assumere, se necessario, il compimento dell'azione fino al completo raggiungimento dello scopo (vale a dire se non interviene in tempo un altro per commettere l'azione) deve necessariamente — anche se tale attività si rivela, nel caso concreto, che di importanza trascurabile — procurare all'agente la qualità del correo. [1]) Il complice, invece, subordina il raggiungimento dello scopo alla volontà dell'autore, che rimane padrone delle sue decisioni. [2]) Anche il Kohler [3]) cerca di riunire il punto di vista obiettivo con quello subiettivo. Secondo questo autore, i partecipi che non eseguiscono sono da considerarsi istigatori o complici. Sono da considerarsi complici coloro i quali — secondo i criteri comunemente adottati — non hanno contribuito che in misura molto limitata alla realizzazione degli scopi criminosi. In via subordinata, e cioè nei casi in cui una tale distinzione non risulta attuabile, dovrebbe essere considerato complice colui che non ha alcun interesse alla realizzazione dell'evento criminoso. A tale proposito sarebbe forse opportuno fornire alcune delucidazioni su cosa debba intendersi per esecuzione. Ma l'espressione « dare una mano » (untergeordnete Handreichung) è troppo generica ed equivoca per rendere possibile una chiara distinzione e per formare oggetto di una critica dettagliata. Il riferirsi ai criteri comunemente adottati nella vita d'ogni giorno non può evidentemente contribuire a mettere le cose in maggior luce.

---

[1]) op. cit. pag. 606, 607

[2]) op. cit. pag. 609.

[3]) Perten Paul: Die Beihilfe zum Verbrechen, pag. 54, 55.

IV. Capitolo

Reità mediata e partecipazione

a) *Con riferimento all'istigazione.*

I sostenitori dell'equivalenza tra partecipazione e reità mediata prendono come punto di riferimento l'uguaglianza estrinseca del fatto in ambo i casi. In tutti e due i casi troviamo un individuo che realizza il fatto per effetto della sua attività diretta o immediata. La differenza esistente tra le due forme apparisce soltanto alla persona interposta, e precisamente nell'ambito subiettivo e prettamente personale. Nel distinguere le due persone, noi non dobbiamo esaminarle separate l'una dall'altra, ma studiare in primo luogo l'azione, che forma un legame tra tutte e due, e specialmente l'attività dell'autore immediato. Deve essere esaminata innanzitutto la questione di sapere se esiste una differenza tra il caso in cui l'autore, nell'intento di realizzare un reato, si valga dell'opera di un inimputabile o di un irresponsabile e, il caso in cui l'agente materiale si rende conto della sua azione, della quale egli è responsabile. Da un attento esame dei due casi, la grande differenza che esiste tra loro risulta evidente. Secondo la teoria obiettiva, che si basa sui fatti previsti dalla legge e che ho già avuto occasione di trattare, sarebbe istigazione l'aver determinato intenzionalmente, mentre la complicità non sarebbe altro che l'appoggiare dolosamente il fatto principale punito dalla legge. [1]) Ne consegue, che ogni atto preparatorio, avente per iscopo di far nascere nell'animo dell'agente materiale l'intenzione di compiere il fatto criminoso, sarebbe da considerarsi istigazione. [2]) Essa si distingue dalla reità mediata in quanto che la persona interposta deve aver commesso illecitamente e con consapevolezza il fatto punito dalla legge e che non è necessario che l'istigatore abbia i requisiti del reo. E' caratteristica per l'istigazione la circostanza che l'istigato rimane pienamente responsabile del reato da lui commesso. L'istigazione dà allo istigatore la possibilità di compiere il suo delitto per il tramite dell'istigato. La reità mediata dà al reo la possibilità di commettere un reato per mezzo di una persona fisica; la commis-

---

[1]) Liszt-Schmidt: § 50 e seg.

[2]) Beling: Grundzüge: § 77 1, 2.

sione mediata di un reato lascia supporre la possibilità della colpevolezza anche nei casi in cui l'azione fisica o la commissione diretta (immediata) si rivelino impossibili. La scienza criminale considera l'agente fisico e cioè la persona che, indipendentemente da altri, commette il reato con le proprie forze; il complice, per contro, è la persona partecipante accessoriamente alla commissione del reato. Alcuni dicono che l'istigatore rivesta la qualità dell'autore intellettuale, mentre altri sostengono che l'istigazione sia una specie della partecipazione accessoria al reato di un altro. Il Kohler [1]) fa una eccezione, cercando di sostenere le sue idee riguardanti l'istigazione, che egli continua a considerare un atto dell'autore intellettuale, nonostante che la legge dica il contrario. Le sue idee però sembrano confutate dal Loervenheim. [2]) L'istigazione può pertanto essere così definita: essa consiste nell'influenzare fisicamente un altro in modo tale da indurlo a compiere un'azione che il codice penale considera contraria alla legge.

Nell'interpretare il concetto dell'istigazione nel nostro codice vigente, dobbiamo innanzitutto tener presente che, sotto la frase « chiunque intenzionalmente determina altri a commettere un crimine o un delitto... », va inteso l'influsso esercitato sulla volontà di un altro. Il Birkmeyer [3]) dice che l'istigazione consiste sempre nello svolgimento di un'attività intellettuale indirizzata verso il delitto; l'azione dell'agente materiale, invece, consiste nello svolgimento di un'attività fisica. L'influsso intellettuale sull'istigato — secondo il Birkmeyer — non deve in nessun caso escludere la capacità di volere dell'istigato. Sono pienamente d'accordo col Birkmeyer, poichè — come egli stesso ha tenuto a mettere in rilievo — l'agente dev'essere stato, al momento del compimento del fatto, in pieno possesso della facoltà di potere e di volere, per la quale intendiamo la « facoltà di voler quel che si vuole ». [4]) Nei casi in cui la volontà dell'individuo risulta vincolata, esso individuo non può aver la veste dell'istigato, perchè in questo caso l'influsso esercitato sulla di lui persona ne fa uno strumento. L'istigatore potrebbe servirsi di un uomo privo della facoltà di voler come di un animale. Ne consegue che, se la volontà umana non fosse mai libera ed indipendente, sarebbe

---

[1]) Ernst Bing: Behandlung der Anstiftung im geltenden Strafrecht und im Entwurf, pag. 11.

[2]) Der Vorsatz der Anstiftung, pag. 13 e seg.

[3]) Die Lehre von der Teilnahme, pag. 116 e seg.

[4]) Op. cit., pag. 117.

superfluo considerare l'istigazione come un delitto a sè, poichè risulterebbe in tal caso sufficiente il concetto della reità ed ogni istigazione sarebbe da considerarsi reità mediata [1]), il che renderebbe superfluo l'art. 24. L'istigato si rende perfettamente conto del suo operato, la sua coscienza rimane attiva, egli continua a rimanere l'arbitro delle sue decisioni. Nel caso contrario, egli non potrebbe venir punito e dovrebbe essere considerato un semplice strumento nelle mani di un altro.

Secondo von Buri, [2]) il caso in cui un individuo si serve di un inimputabile non è necessariamente un caso di reità mediata. Egli soggiunge che un infermo di mente o un animale non può in nessun caso essere impiegato quale strumento, perchè può fungere da strumento soltanto un oggetto prodotto dall'uomo ed impiegabile nel compimento di determinate funzioni meccaniche. Nel caso di influsso intellettuale, si può parlare di reità mediata esclusivamente nei casi in cui l'individuo influenzato non è colpevole in occasione della commissione del reato. L'indurre un individuo, in possesso della facoltà di agire e di volere, ad apportarsi una ferita o a suicidarsi può essere punito rispettivamente quale lesione corporale o uccisione commesse in reità mediata. Ciò vale, però, soltanto nei riguardi del codice penale germanico, mentre nel nostro codice penale e, precisamente nell'art. 115, il caso in questione è stato disciplinato quale delictum sui generis sotto il titolo « istigazione e aiuto al suicidio ». [3]) Detto articolo ha il seguente tenore: « chiunque per motivi egoistici istiga alcuno al suicidio o gli presta aiuto è punito, se il suicidio è stato consumato o tentato, con la reclusione sino a cinque anni o con la detenzione ». Nell'interpretare questo articolo, è difficile stabilire se l'istigato al suicidio abbia agito in pieno possesso della sua facoltà di volere o se la sua volontà sia stata influenzata. Come Niedermann, sono anch'io del parere che col termine « indurre » si debba intendere qualcosa che stia tra la vera e propria istigazione e la reità mediata. Reo mediato è colui che intenzionalmente induce l'agente fisico (la persona impiegata) a commettere un fatto o che favorisce intenzionalmente, senza influire sulla volontà della persona che lo commette non intenzionalmente, la realizzazione di un fatto. Il concetto della reità mediata è stato

---

[1]) op. cit. pag. 118.

[2]) Kausalität, pag. 56.

[3]) Niedermann Max: Untersuchungen über Begriff und Wesen der mittelbaren Täterschaft, pag. 98-99.

accolto in modo tale che neanche il termine è riuscito ad adattarvisi. L'intimazione della sanzione [1]) « chiunque intenzionalmente uccide una persona è punito... » vale quindi anche per il reo mediato, che fa commettere l'assassinio da un inimputabile o da un non colpevole. Ai sensi del codice penale svizzero, dev'essere considerato autore colui che, mediante la propria attività ha realizzato l'evento, oppure colui che affida la realizzazione dell'evento ad una persona che non agisce intenzionalmente. Il concetto della reità mediata si basa su quello della reità. Per riportare il successo desiderato, l'istigatore si vale, di regola, dell'opera di una persona avente inclinazioni più o meno criminose. Ne consegue che all'attività dell'istigatore dev'essere attribuito piuttosto il carattere di un incitamento anzichè di cagionamento, nel senso da noi impiegato nel concetto della reità.

I giuristi italiani fanno una distinzione criminalistica tra correo e istigatore. Il primo induce un altro a commettere un reato, mentre l'altro istiga e accentua il successo finale. [2]) La efficacia dell'attività dell'istigatore per il successo è subordinata ad un susseguente atto intenzionale e posteriore.

L'azione dell'istigatore è caratterizzata dal fatto che egli non rende colpevole soltanto se stesso, ma induce un altro a commettere un reato, [3]) e a diventare un delinquente. L'istigatore deve neutralizzare nella persona dell'istigato tutti quei moventi che potrebbero indurre quest'ultimo a rinunziare alla commissione del reato. L'istigatore, soffocando in codesto modo tutti i sentimenti etici e sociali nell'anima dell'istigato, offende l'ordine giuridico nelle sue basi, mettendo così in pericolo indirettamente tutti gli altri beni giuridici. L'istigazione, pertanto, contiene in se stessa, oltre all'offesa di un bene giuridico che viene leso dall'azione dell'istigato, una offesa contro le basi dell'ordine giuridico. [4]) Sebbene l'istigatore non rivesta la qualità dell'agente, il codice penale svizzero lo punisce come l'istigato. L'istigazione è un'attività che viene svolta con l'intenzione di vedere realizzato un crimine da parte dell'istigato. L'istigatore non vuole commettere un reato, egli vuol vedere realizzato il delitto, egli non vuole che provocare un'intenzione criminosa nell'animo di un altro, e non provoca pertanto che una decisione.

Il diritto penale italiano, come il codice penale ticinese ora abrogato, hanno adottata la traduzione letterale del ter-

---

[1]) Perten Paul: Die Beihilfe zum Verbrechen, pag. 128.
[2]) Ferri Enrico: Principi di diritto criminale, pag. 562.
[3]) Oremann: G. A. 28, pag. 83.
[4]) Binding: Lehrbuch vol. 2, pag. 838 e seg.

mine germanico « Anregung » e cioè l'istigazione. Diversamente stanno le cose nei riguardi del reo mediato. Il successo diretto dell'attività svolta dall'istigatore consiste nella provocazione di una decisione criminosa nell'animo di un altro. La decisione criminosa apparisce come una creazione dell'istigatore. L'istigatore non provoca l'intenzione criminosa nell'animo dell'istigato nell'intento di vedere realizzato il delitto al quale egli è interessato. L'istigatore può o voler provocare l'evento stesso o soltanto favorirne l'esecuzione. Egli può svolgere ambo le attività, servendosi dell'opera altrui. Da questo punto di vista, l'istigato può apparire o nella veste di un mezzo d'esecuzione del delitto progettato dall'istigatore, oppure in quella dell'autore vero e proprio, l'attività esecutoria del quale non è stata che favorita dallo sviluppo dell'idea dominante da parte dell'istigatore. Secondo la natura della sua attività, vi può essere rispettivamente reità o semplice complicità. [1]) Il campo d'applicazione della reità mediata non può essere delimitato che negativamente, nel senso di un raggruppamento di tutti quei casi in cui il fatto viene commesso dietro incitamento, e che non possono essere classificati nella categoria della reità mediata, ma possono eventualmente essere considerati casi d'istigazione. [2]) Questa separazione dei casi d'istigazione è facilmente attuabile nei casi in cui l'individuo, che ha cagionato il fatto, non può essere reo mediato. Questo è il caso nei delitti speciali, nei delitti d'intenzione e nei delitti commessi in proprio. [3])

Nel caso dei delitti speciali, l'extraneus compie un delitto occasionato da un intraneus. Se quest'ultimo ha agito intenzionalmente, l'extraneus incorre nelle pene previste dalle norme vigenti per l'istigatore. Se però, per una ragione qualsiasi, l'intraneus non può essere considerato colpevole, allora l'extraneus, data l'accessorietà dell'azione, non può rivestire qualità di istigatore nè di reo mediato, perchè egli non ha la possibilità di compiere il delitto speciale nella veste del reo diretto (immediato). Soltanto una parte degli scrittori considera l'extraneus provocante un reo mediato. I delitti d'intenzione sono altri casi d'istigazione, là dove viene a mancare al provocatore l'intenzione criminosa. L'autore di un delitto di intenzione non può essere che chi veramente possiede l'intenzione criminosa. L'indurre un altro ad appropriarsi di una cosa, senza avere intenzione di entrare in possesso della mede-

---

[1]) Nagler: Die Teilnahme an Sonderverbrechen, pag. 143.
[2]) Kohlrausch (Hd. R. 2. Erg. Band., pag. 363).
[3]) Koch Arnold: Mittelbare Täterschaft, pag. 67.

sima. non può pertanto essere punito come istigazione. Sussiste invece la reità nel caso opposto e cioè quando un tizio, con la intenzione di entrare in possesso di un oggetto, lo fa rubare da un altro. Questo caso di reità mediata, verificatosi per mezzo di uno strumento doloso privo d'intenzione, è altrettanto indispensabile quanto quello dello strumento doloso non qualificato. [1]) Sussiste inoltre la reità mediata nei casi dei cosiddetti delitti commessi in proprio.

Un tal delitto non può quindi essere commesso, facendolo realizzare da un'altra persona. L'indurre altri a commettere un cosiddetto delitto in proprio non può quindi essere punito che come un'istigazione. Nella reità mediata, è esclusa qualsiasi interruzione del nesso di causalità, perchè il reo mediato continua a conservare il dolo; una offesa subiettiva di un altro, vale a dire il dolo dello stato di fatto e l'attività dell'agente fisico, non possono venire meno. Nell'intento di realizzare il fatto, il reo mediato si vale dell'opera di un individuo agente non intenzionalmente, che non può essere reso responsabile per la commissione del fatto. O l'uomo impiegato quale strumento non si rende conto delle sue azioni in occasione della commissione del reato, oppure la sua volontà si trova in uno stato di costrizione tale da escludere la sua punibilità. Nella reità mediata, si distingue l'agente fisico da un « non-soggetto » designato a compiere un atto esteriore del reato, come ad esempio un animale. Non abbisogna di prove l'asserzione secondo cui un soggetto giuridico impiegato (anche se non è in grado di compiere atti aventi effetti giuridici) sia capace di occasionare, come una qualsiasi energia meccanica, dei cambiamenti nel mondo esteriore. Sussiste sì un'attività, ma mancano gli effetti e la responsabilità giuridica e quindi anche il reato. L'istigazione per contro è l'indurre una persona a commettere un reato. Ci dobbiamo ora domandare perchè l'istigatore venga punito, nonostante che egli non realizzi gli elementi costitutivi del fatto (ad esempio, egli non si appropria dell'oggetto rubato). La ragione della sua punibilità dev'essere ricercata nella circostanza che l'istigatore non ha soltanto indotto un'altra persona a commettere un reato, ma ha anche manifestato dei sentimenti pericolosi e ributtanti. Questo dare origine ad una colpa di un altro e lo scatenare dei sentimenti pericolosi altrui giustificano pienamente la punizione dell'istigatore. Non è punito come istigatore colui che ha prodotto una semplice condizione per la realizzazione di un atto punibile. Non possono essere ritenuti colpevoli del

[1]) Koch: op. cit., pag. 70.

fatto i genitori dell'autore per il solo fatto di averlo messo al mondo. E' invece punito come istigatore colui che, impiegando determinati mezzi, ha indotto l'agente fisico a commettere un atto punibile. [1]) Contrariamente a quanto previsto nel § 48 del R. Str. G.B., il nostro codice penale non indica i mezzi dell'istigazione. Il § 48 del R. Str. G.B. ha il seguente tenore: « è punito come istigatore colui che ha indotto intenzionalmente un altro a commettere un atto punibile, dandogli in compenso un regalo, facendogli delle promesse, minacciandolo, con abuso di autorità o usando violenza, oppure con altri mezzi, e, infine, provocando o favorendo un errore... » Nelle ultime parole « con altri mezzi » sono compresi e tollerati altri mezzi, mediante i quali un uomo può influenzare un altro: questi ultimi però non debbono essere tali da privare l'istigato della facoltà di rimanere arbitro delle sue decisioni. [2])

Chiunque ricorrendo ad una minaccia, ha indotto intenzionalmente un altro a commettere un fatto, può rivestire la qualità dell'istigatore.

Secondo il mio subordinato parere, però, si deve dare la preferenza all'articolo 24 del nostro codice penale, che risulta migliore del § 48 del R. Str.G.B., per le seguenti ragioni:

1. Non è facile per il giudice determinare il grado della minaccia.
2. A seconda del grado della minaccia ci possiamo trovare davanti all'istigazione o alla reità mediata. Come abbiamo già avuto occasione di vedere, dobbiamo distinguere se l'istigato è rimasto o meno arbitro delle sue decisioni.

Il § 48 del R. Str. G.B. cita un altro mezzo d'istigazione e precisamente « abuso di autorità o violenza ». [3]) Anche qui dobbiamo distinguere, perchè si presentano due possibilità:

1. Non esiste obbligo di obbedienza ed anche il carattere dell'azione di chi ubbidisce non può subire modifiche con l'impartizione di un ordine. L'ordine dei genitori, ad esempio, non crea alcun obbligo d'obbedienza. Lo stesso vale per l'ordine che il maestro dà ai suoi allievi, il principale ai suoi dipendenti, perchè, in questo caso, il diritto d'impartire ordini deriva dalla patria potestà, ecc., che trova i suoi limiti sia nel diritto che nella morale. Questi casi cadono quindi nel concetto dell'istigazione.

---

[1]) Bing Ernst: Behandlung der Anstiftung im geltenden Strafrecht und im Entwurf, pag. 11.

[2]) Bing Ernst: op. cit., pag. 25.

[3]) Gierlich Ernst: Die Grenzen der mittelbaren Täterschaft, pag. 21.

2. Diversamente stanno le cose per gli ordini di carattere militare o d'ufficio. Allo scopo di rendere più comprensibile la cosa, cito un esempio: Un apprendista riceve dal suo principale l'ordine di distruggere alcuni documenti e di cestinarli. L'apprendista non si rende conto dell'importanza dei documenti, e li distrugge; egli non è quindi responsabile del suo operato. Egli non è, in questo caso, che l'esecutore non punibile del principale responsabile, e agente quale reo mediato.

Noi vedremo in un altro capitolo che il superiore, come avviene nel servizio militare, è responsabile degli ordini che impartisce; colui che eseguisce un ordine illegale non è punibile. Lo è soltanto in determinate condizioni, e cioè se egli poteva o doveva capire che con l'esecuzione dell'ordine poteva essere commesso un reato. In tutti gli altri casi, l'errore, in cui è incorso il dipendente in seguito all'ordine ricevuto, esclude la sua punibilità. Nel caso però, in cui detto errore non sussista, il dipendente viene punito, perchè egli ha il dovere di rifiutare l'esecuzione di un ordine illegale. Molti studiosi si limitano a distinguere soltanto obiettivamente l'istigazione dalla reità mediata, trascurando la questione della maggiore colpevolezza e punibilità. Siccome noi abbiamo già avuto occasione di rilevare che la differenza tra l'istigazione e la reità mediata è da vedersi nel grado dell'efficacia originaria, conosciamo già il risultato che ne consegue, e cioè che, di regola, il reo mediato deve risultare maggiormente colpevole e punibile dell'istigatore. Come ho già esposto, l'istigazione e la reità mediata si avvicinano in maggior misura, nel caso in cui l'istigazione è accompagnata da minacce. Ciò risulta anche dal fatto che anche il reo mediato ha la possibilità di ricorrere a minacce; più aumenta il grado della minaccia, più l'istigazione si avvicina alla reità mediata.

La punizione dell'istigatore è regolata in modo chiaro e preciso nell'art. 24 del codice penale svizzero. Esso reca: l'istigatore « incorre nella pena applicabile all' autore ». Contro l'istigatore dev'essere applicata la pena che la legge prevede per l'autore, ma la misura della pena non deve necessariamente essere la medesima. Se l'azione non ha superato lo stadio del tentativo, l'istigatore dev'essere punito per reato tentato come l'autore. Analoga è la soluzione adottata dal R.Str. G.B. nel § 48. In molti casi in cui s'incontrano nella reità mediata la provocazione o la promozione di un errore, anche l'agente si serve del mezzo della provocazione dell'errore.

In questi casi, la reità mediata e l'istigazione si avvicinano moltissimo l'una all'altra, e talvolta si confondono addi-

rittura. Nei casi di reità mediata, in cui il provocatore sfrutta un errore dell'agente, quest'ultimo non si rende conto della sua azione. L'istigatore, invece, si rende perfettamente conto delle sue azioni, e, nei suoi riguardi, l'errore è escluso in modo assoluto. Siccome egli si rende perfettamente conto delle sue azioni, un suo errore non potrebbe riferirsi che all'esistenza di determinate circostanze, che lo potrebbero rendere più o meno disposto a commettere il fatto. Come vediamo, detto errore non diminuisce per nulla la punibilità dell'istigato; nella reità mediata, per contro, l'errore dell'agente non esclude la colpevolezza del reo mediato. Un errore ha per effetto che il fatto compiuto dall'istigato non corrisponde a quello atteso dall'istigatore.

b) *con riferimento alla complicità:*

Come per la reità mediata, sono indispensabili, anche perchè possa sussistere la complicità, i seguenti tre presupposti e cioè: un reato, più soggetti colpevoli ed una cooperazione dolosa tra i medesimi. Circa la natura della complicità, sono da esaminare in primo luogo i presupposti generali della partecipazione al reato. La complicità risulta quindi in primo luogo una partecipazione dolosa alla commissione di un fatto punibile. A ciò va aggiunto, quale elemento caratteristico della complicità, la dipendenza, necessariamente compresa nel concetto del prestare aiuto.

Il codice penale svizzero non conosce il termine « Beihilfe ». L'art. 25 tratta della complicità ed ha il seguente tenore: « Può essere attenuata la pena di chi ha aiutato intenzionalmente altri a commettere un crimine o un delitto. » E' complice chi intenzionalmente facilita la commissione di un atto punibile di un altro. E' possibile che, mancando l'aiuto, il fatto venga ugualmente commesso, ma certamente non con la medesima facilità. Sono anch'io del parere che, mancando, a parità di condizioni, la prestazione di assistenza, il fatto non avvenga alla medesima epoca in cui sarebbe effettivamente avvenuto. Contrariamente a quanto si manifesta per la complicità, in cui il complice presta assistenza nella commissione del reato, nel caso della reità, l'agente commette il fatto con l'esecuzione del medesimo. [1]) Il complice produce delle condizioni che, congiunte tra loro, non rivestono che un'importanza secondaria per il risultato criminoso, mentre la condizione essenziale dev'essere sempre prodotta rispettivamente dal reo o in stretta cooperazione tra i correi. [2]) Il complice non prende

1) Birkmeyer: Lehre von der Teilnahme, pag. 112.
2) Feuerbach: Lehrbuch § 44, 45.

parte agli atti esecutori, egli si limita ad appoggiare o a rendere possibile o, infine, a promuovere l'esecuzione da parte del reo o dei correi. [1]) Il complice non cagiona l'evento criminoso riservato al reo od ai correi, e non produce quindi da parte sua che una condizione del successo. [2]) Il fatto della prestazione di assistenza non dev'essere interpretato subiettivamente, nel senso che l'attività del complice sia limitata al semplice aiuto prestato, ma obiettivamente, vale a dire che, nel caso concreto, l'aiuto sia stato efficace, ed abbia contribuito fisicamente o psichicamente alla realizzazione dell'evento. [3])

La complicità richiede pertanto che, nell'esecuzione del crimine o del delitto, sia stata prestata assistenza all'agente, sia con fatti sia con consigli. La prestazione di assistenza, dopo la commissione del reato, non è però complicità, ma piuttosto favoreggiamento, eventualmente anche ricettazione.

Il Frank rileva comunque che vi sono casi in cui l'attività di favoreggiamento può aver luogo durante o posteriormente alla commissione del fatto. Se il cagionamento di un successo viene anche punito nei casi in cui, mancando l'azione, si sarebbe dovuto ricorrere ad altre forze, si potrebbe credere che dovrebbe essere ritenuto maggiormente punibile colui che svolge un'attività causale, dato che, in mancanza della sua azione, il risultato non potrebbe venir raggiunto. [4])

Può sussistere la reità mediata anche se l'atto esecutorio appoggiato non è nè intenzionale, nè punibile, mentre è esclusa, nel senso tecnico- giuridico, una complicità. E' molto controversa la questione relativa alla possibilità della reità mediata nei casi dei delitti colposi. Il Berner [5]) afferma tale possibilità. La ragione da lui addotta che non si può lavorare per lo scopo o l'intenzione di un altro, quando questi non ha nè tale scopo nè tali intenzioni, è giustissima, ma non può essere ammessa quale conseguenza del principio subiettivo. La complicità è precisamente una collaborazione dolosa alla commissione di un delitto punibile. Quale elemento caratteristico della complicità è da aggiungere il rapporto di dipendenza. La complicità presuppone un'azione da parte di un altro alla quale essa si associa, e nei confronti della quale essa

[1]) von Buri: Kausalität, pag. 54.

[2]) Birkmeyer: op. cit. pag. 113.

[3]) Birkmeyer: op. cit. pag. 115.

[4]) Buff: Mittäterschaft und Beihilfe nach dem amtlichen Entwurf eines allgemeinen deutschen Str. G. B., pag. 35.

[5]) Berner: Teilnahme, pag. 213.

risulta una partecipazione inferiore, accessoria, non essenziale al raggiungimento del risultato criminoso. Ma, nel concetto dell'aiuto, è d'altra parte compreso quello dell'appoggio. Il partecipe non dà che un contributo parziale all'attività svolta nella commissione di un reato; lo stesso vale per il complice. Ma per quanto concerne la complicità deve essere aggiunto un altro presupposto: l'attività svolta dal complice non deve rappresentare nemmeno in parte un elemento costitutivo del reato. La teoria obiettiva afferma: Il complice deve, sia mediante la sua attività fisica oppure mediante l'influsso intellettuale, aver svolto un'attività tendente verso il conseguimento del risultato criminoso. Egli, mediante la sua attività, deve realizzare almeno una delle condizioni perchè possa venir commesso il fatto. [1]) Ciò non deve però essere interpretato nel senso che il complice debba « aver contribuito in un modo qualunque » alla effettiva realizzazione di un reato. [2])

Binding [3]) dice che la partecipazione del complice non deve necessariamente limitarsi alla realizzazione di una sola condizione del reato. Il complice può produrre più condizioni del genere, senza perdere perciò la veste del complice. [4]) La esposizione storico-dogmatica fa la distinzione tra correo e complice, soltanto nel caso in cui essa dev'essere intesa qualitativamente. Affinchè si possa parlare di complicità, anzichè di correità, lo Stübel [5]) ritiene necessario citare alcune qualità che il complice non deve possedere. In quei delitti, la cui natura presuppone un determinato rapporto del reo o un determinato numero di partecipi, non può sussistere che complicità.

Mintz [6]), per stabilire se si tratta di complicità o di correità, lascia decidere al periodo in cui vengono svolte le varie attività dei partecipi. Ciò conduce all'identificazione dell'attività del complice con gli atti preparatorî, mentre che gli atti esecutorî vengono attribuiti ai correi. Anche Perten [7]) è dello stesso parere. Egli dice: l'azione precedente prepara in tutti questi casi il terreno sul quale si basa quella futura; essa offre delle condizioni preliminari, che rendono rispettivamente possibile l'azione susseguente o probabile; essa appare

---

[1]) Binding: Entwurf, pag. 90.
[2]) Birkmeyer: pag. 21 § 9 e pag. 16 e seg.
[3]) Binding: op. cit. pag. 90 e 91.
[4]) Mintz Paul: Lehre von der Beihilfe, pag. 15.
[5]) Stübel: Teilnahme mehrerer Personen, pag. 22 e seg
[6]) Mintz: op. cit. pag. 118.
[7]) Perten: Die Beihilfe zum Verbrechen, pag. 99.

una preparazione della vera e propria azione offensiva. La sua importanza per la realizzazione dell'evento dipende dal fatto che l'autore, superando, in un secondo tempo, gli scrupoli psichici che potrebbero indurlo a desistere, produce altre condizioni ; essa è semplicemente complicità. Perten [1]), a seconda che l'azione precedente abbia rappresentato o meno un pericolo d'importanza giuridica, distingue tra reità e complicità. Abbiamo visto che il complice può produrre varie condizioni, e vedremo in seguito fino a che punto tale cooperazione può giungere. Se, da una parte, il complice deve aver prodotto almeno una condizione per il raggiungimento del successo, d'altra parte una serie di condizioni, che egli può produrre senza perciò diventare correo, non deve in ogni caso entrare nell'ambito dello stato di fatto. Il correo deve aver dato origine, sia pure in parte, alla causa, il che non è il caso per il complice. Il complice non può mai compiere un fatto facente parte del crimine, egli non può che promuoverlo facilitarlo, appoggiarlo. [2]) La complicità ha la sua parte specifica di colpevolezza come qualsiasi altro atto punibile. Il Meyer [3]) cita il duplice aspetto della colpevolezza del complice: da una parte la sua propria attività e dall'altra il rapporto tra lui e l'azione del reo. Nei riguardi della propria attività sussiste il requisito della volontà dolosa. In merito all'azione illecita, la esistenza della medesima può essere desunta dalla presupposizione del « sapere » o del « dover sapere ». [4]) Non è necessario che la volontà del complice sia diretta verso il successo completo dell'attività criminosa. Il complice [5]) non vuole realizzare che una parte delle condizioni del successo, egli non può che desiderare questo successo. Ma neanche questo è necessario. E' necessario però che egli si renda conto che contribuisce alla realizzazione di un delitto. Non è necessario però, per contro, che l'autore venga a conoscenza dell'aiuto prestato. Da quanto precede, si può trarre un elemento che permetta di distinguere la colpa del complice da quella del correo. Se qualcuno, che ha svolto una determinata attività con l'intenzione di realizzare un evento criminoso, cambia idea e realizza meno o più o altre condizioni, allora dev'essere tenuto conto delle nuove anzichè delle intenzioni precedenti. Nel caso in cui l'agente, nonostante che intendesse essere soltanto com-

---

[1]) Perten: op. cit., pag. 101.
[2]) Mintz Paul: Lehre von der Beihilfe, pag. 124.
[3]) Meyer: Beihilfe, pag. 39 e seg.
[4]) Mintz: op. cit., pag. 130.
[5]) Binding: Entwurf, pag. 91.

plice, commette il reato, non si può più parlare di dolo del complice, bensì di dolo del reo. La teoria subiettiva ha trascurato questi limiti naturali dettati dai fatti. I sostenitori di questa teoria si basano sui casi di errore del complice e sul carattere della sua attività. Noi distinguiamo quattro casi principali dell'errore del complice [1]):

1. egli crede di commettere un atto punibile e cioè di diventare autore, ma non realizza in realtà che una condizione di terz'ordine;
2. egli crede di realizzare una condizione di terz'ordine e di diventare complice, ma diventa invece autore;
3. egli crede d'istigare, ma incontra un individuo già deciso a compiere il fatto, e non può che rafforzare tale intenzione;
4. egli crede di rafforzare l'intenzione di un terzo già deciso a compiere il fatto, ma in realtà lo istiga a commetterlo.

Per un'equa decisione di questi casi, si deve, in primo luogo, tener presente che la complicità può essere presunta in tutti quei casi in cui sono esclusi la reità mediata, la correità e l'istigazione; in secondo luogo, nel caso in cui l'elemento fatto è preponderante sulla volontà, dev'essere imputata alla colpa l'inizio dell'attività, e ciò in quanto non è da escludersi la possibilità e l'eventualità del successo. Per una ulteriore distinzione rispettivamente della complicità dalla reità e correità, il fattore intenzione non ha alcuna importanza. Sono d'accordo con Mintz [2]) secondo cui, per la distinzione rispettivamente del complice dal reo mediato, correo e istigatore, si deve tener conto soltanto della differenza esistente tra condizione e causa. Come per la correità, è anche quì della massima importanza la questione della punizione. Il codice penale svizzero prevede facoltativamente per il complice una punizione meno grave di quella prevista per l'autore. L'art. 25 fa riferimento all'art. 65 contenente una graduatoria per i casi in cui è prevista un'attenuazione della pena. Nonostante che la complicità debba essere punita meno gravemente della reità mediata, sarà superfluo far rilevare che il complice può essere non meno punibile dell'autore di un reato dello stesso genere in un altro caso. Circa la punibilità della complicità, è da aggiungere quanto segue: se risulta che più complici hanno

---

[1]) Mintz: op. cit., pag. 135 e seg.
[2]) Mintz: op. cit., pag. 138.

partecipato allo stesso delitto, sussiste sempre un solo caso di complicità. Come il susseguirsi ad intervalli di lesioni apportate ad una persona è consderato una sola lesione corporale, altrettanto si deve dire del caso in cui i vari atti del complice, riguardanti beninteso sempre lo stesso reato, vengono compiuti ad intervalli, che possono anche essere abbastanza lunghi; anche qui non vi è che un unico caso di complicità da giudicare e da punire.

PARTE SECONDA

I Capitolo

La natura accessoria della partecipazione

L'espressione « accessorio » si incontra, per la prima volta, nella giurisprudenza italiana del Medio Evo. Già Baldus [1]) ne parla, in quanto dice « mandans dicitur accessorius et haec est differentia inter facientem et mandantem, quod facientis delictum per se stat, sed mandantis delictum non stat per se » e così pure Bossius [2]) « ...proprie vero est homicida quia propiis manibus committit homicidium et haec de causa mandans.... dicitur accessorius et ideo faciens per se subsistit, sed mandans non ».

Fra il mandans e l'agente nasce un rapporto di interdipendenza. Si può ritenere che l'espressione « accessorius » venga dal diritto civile, dato che gli Italiani usavano, con preferenza, nozioni di diritto civile per rapporti di diritto penale, e sta a significare la cosa accessoria di fronte alla cosa principale.

I giuristi Italiani non concepivano però tutti nel medesimo modo la relazione esistente fra istigazione e complicità da una parte e azione dall'altra, così che i risultati pratici furono differenti.

Quando si dice che la cosa accessoria non può esistere senza la cosa principale, nascono le domande: Quando si ha a che fare con azione principale e quando con azione secondaria? Si può ancora parlare di azione accessoria quando l'agente del delictum principale non è punibile? [3]) Qualora l'agente presenti le caratteristiche esteriori della figura del

---

[1]) Heimberger: Die Teilnahme am Verbrechen, Baldus: Consulta 52 N. 1 der prima pars consiliorum.

[2]) Heimberger: Tractatus varii tit. de mandato ad homic. N. 2.

[3]) Bauer Wilhelm: Die akzessorische Natur der Teilnahme, pag. 3.

criminale, ma per un motivo qualsiasi non fosse punibile (a motivo, per esempio, della sua incapacità di discernimento) il fattore principale e con esso anche quello secondario, vanno considerati esistenti. Sulla base di questa disposizione di diritto romano, la giurisprudenza italiana riconosceva che l'agente e l'istigatore erano da punire nel medesimo modo.

Bauer [1] [2] vede questa identica punibilità dell'agente e dell'istigatore come eguale solo in concreto o solo in abstracto. Bartolus vuol applicare la medesima pena all'agente ed all'istigatore. Bisogna però sapere cosa ciò voglia dire. L'istigatore prende parte alla pena dell'agente qualora questa si aggravi in seguito a caratteristiche principali o ipso delicto inherentes. [3]

Il fatto che il complice prende parte alla pena aggravata dell'agente anche quando di essa non sapeva nulla [4], fu solo la conseguenza ulteriore di questo modo di vedere. Così, chiarito il suo modo di vedere, noi comprendiamo Bartolus quando, senza far distinzione fra delitto principale ed accessorio, punisce l'auxilio ante delictum aut in delicto, dunque ciò che oggi cade sotto la nozione di « partecipazione », con la medesima pena. [5]

Gli insegnamenti tramandati dai giuristi italiani, non vennero toccati dai giuristi tedeschi.

Brackenhoeft propugna una indipendenza completa del complice dall'agente. Egli dice: « Der objektive Tatbestand des Täters kann dem Gehilfen vollständig nur als etwas Beabsichtigtes aber als etwas von ihm Bewirktes nur nach dem Grade seiner Wirksamkeit angerechnet werden. Es bedarf, damit für den Gehilfen ein Missverhältnis zur Rechtsnorm gefunden werde, erst einer vorgängigen Beurteilung nach dem Begriff eines Hauptverbrechens. Es muss, da nur der von ihm beabsichtigte Tatbestand den vollständigen eines Verbrechens bildet, erst die Strafe dieses letzteren entspre-

---

[1]) Bauer Wilhelm: Die akzessorische Natur der Teilnahme, pag. 3.

[2]) Confronte Decian IX. 39. 16 Eadem poeura regularites punitur mandans gua mandatarius, e la letteratura ivi citata.

[3]) Confronta Decian IX, 33 N. 8 circa augmentum erga Bartolus... conclusive hoc voluit, guod poena mandanti aggraventur ex persona mandatarii.

[4]) Confronta Farinacius, op. cit. qu. 132 N. 44: ubi late, quando qualitas aggravons principalem delinquentem ignoratur ab auxiliatore... ubi videtur, tenetur, quod qualitas aggravans delictum noccat auxiliatori et ignoranti qualitatem et ibi testatur de magis Doctorum opinione (cerius contrarium plerique ex Doctoribus praecitatis assemerant).

[5]) Bauer, op. cit., pag. 7.

chend dem von ihm beabsichtigten Tatbestande ermittelt und nach dem Verhältnis des von ihm Bewirkten zugemessen werden ».

La punizione del complice in forma indipendente, come voluta da Brackenhoeft, viene propugnata anche da Ab Egg [1]) per l'istigazione. L'opinione opposta, crede Ab Egg, proviene dalla concezione secondo la quale la volontà (dolus) e l'azione (situazione obiettiva) vanno divise fra l'istigatore e l'agente; il dolus è dalla parte dell'istigatore e solo l'azione meccanica è dalla parte dell'agente [2]).

Anche Hepp è della medesima opinione [3]). Egli considera l'indipendenza della parte rea come cosa naturale. Egli ritiene che, qualora una parte non sia punibile, per esempio a motivo della incapacità di discernimento, l'altra parte sia da considerare in modo indipendente. Fra la partecipazione indipendente e quella accessoria, egli fa il confronto seguente:

L'attività istigatrice può essere considerata, da una parte, come reità mediata e d'altra parte come sola istigazione. Nel secondo caso ci troviamo dunque dinnanzi ad un reato indipendente che, effettivamente, apparterrebbe alla parte speciale. Egli definisce la prima opinione come relativa ed accessoria, poichè, all'azione istigatrice, deve ancora sopravvenire il risultato.

Egli riconosce che il legislatore può trattare l'istigazione nei due modi; appoggia però il primo. [4])

Un altro autore tedesco, Luden, tratta la partecipazione quale accessoria nel senso più eminente della parola.

Luden [5]) si esprime così : quando la partecipazione ha luogo in relazione solo con un determinato reato e lo stesso non è dovuto alla sola azione delittuosa del partecipe, ne segue, per forza di cose, che, nel caso della partecipazione, le azioni degli altri coadiutori in modo delittuoso al compimento del reato sono da considerare come azioni del partecipe. Ciò per il fatto che il reato — il quale secondo la premessa esistente nel concetto di partecipazione non può essere attribuito alle sole azioni del partecipe — non potrebbe inoltre essere riferito a lui. Per di più, non si potrebbe nemmeno parlare di una partecipazione ad un determinato reato; il partecipe verrebbe difatti tenuto responsabile di un reato non compiuto da lui... Nasce perciò la domanda, come potrebbe del resto

---

[1]) Archivio di diritto penale, 1841, pag. 399 e seg.
[2]) Bauer, op. cit. pag. 12.
[3]) Archivio di diritto penale, 1848, pag. 292 e seg.
[4]) Bauer, op. cit., pag. 13.
[5]) Luden, Abhandlungen, 1836, 2° vol., pag. 347.

succedere che l'azione delittuosa dell'uno diventi quella dell'altro. Ciò che l'agente ha fatto è reato proprio, altrimenti il reo non potrebbe nemmeno venir considerato come tale. Che questa decisione e l'azione risultante dalla stessa si possano presentare come dovute ad un altro, il partecipe, e sia possibile di considerarle come sue azioni, non è altrimenti scusabile se non che questi si appropri la decisione di quello, ossia del reo, e faccia quindi propria l'azione che ne nasce.

Nel loro modo di interpretare la partecipazione, Berner, Bauer e Köstlin, malgrado la differenza di opinione, hanno alcuni concetti comuni. Köstlin [1]) dice che la partecipazione presuppone sempre l'esistenza di un autore ed il concetto della stessa, rispetto a quest'ultimo, appare sempre in forma deviata anche se non esente da pena.

Berner [2]) determina la dipendenza con il fatto che, col voler aiutare nel raggiungimento dello scopo, senza far tuttavia del delitto un'azione propria, la partecipazione vien determinata, in ogni sua parte, dalla natura dell'azione dell'autore.

In modo analogo si esprime Bauer [3]). Berner [4]) conclude nel senso che non si può parlare di partecipazione laddove l'agente, nella realizzazione della sua intenzione, non sia ancora giunto sino allo studio del tentativo.

Uguale è anche la conclusione di Bauer [5]). Diversa è invece la conclusione di Köstlin [6]). Per quest'ultimo basta che l'autore sia stato deciso a compiere il delitto [7]).

Da quanto esposto, possiamo constatare che, per il Köstlin, il carattere accessorio della partecipazione ha poca importanza, mentre che per il Bauer e per il Berner, ne ha una maggiore.

Von Bar [8]) rivendica tanto per la complicità, quanto per l'istigazione, un carattere accessorio. Egli dice: [9]) Il complice vuole il reato, in quanto però altri, ossia l'autore, abbia a compiere l'azione principale. Con ciò appare definita la natura accessoria dipendente della partecipazione. Il partecipe compie solo un dolus condizionato: egli vuole il reato, solo alla condizione che l'autore abbia a decidersi a compiere

---

[1]) System, pag. 275.
[2]) Op.cit., pag. 207.
[3]) Op. cit., pag. 460.
[4]) Op. cit., pag. 220.
[5]) Op. cit., pag. 459.
[6]) Op. cit., pag. 283.
[7]) Bauer, op. cit., pag. 19.
[8]) v. Bar, Zur Lehre vom Versuch und der Teilnahme.
[9]) Op. cit., pag. 70.

lo stesso. Dell'istigatore egli osserva: [1]) L'agente che riconosce e deve riconoscere la libertà del soggetto istigato, fa dipendere l'efficacia della sua istigazione da un motivo libero; si decide cioè definitivamente solo quando l'ultimo si decide per il delitto. Secondo il modo di vedere di von Bar, il carattere accessorio della partecipazione è limitato, risultando dalla completa dipendenza della punibilità. La partecipazione trova la motivazione legale della sua punizione nel delitto principale. La pena, della quale vien gravata, è quella dell'agente. [2])

Con la valorizzazione del codice penale prussiano, anche l'espressione « accessorio » acquistò maggior valore. Il codice penale, anteriormente in vigore in Prussia, non conosceva una dipendenza del partecipe dalla pena dell'agente. [3])

La revisione del 1845 ebbe a scostarsi da questa concezione e tutti i partecipi, senza distinzione, vennero assoggettati alla medesima legge penale. Questa disposizione venne — da parte dei consigli renani del 1845 — introdotta nel Codice penale del 1851.

La proposta di deroga coincide con il § 59 del Code pénal. Essa dice: I complici di un crimine o di un delitto saranno puniti con la medesima pena degli autori di questo crimine o delitto.

Il § 35 del codice penale prussiano dice: al complice va applicata quella legge penale che trova applicazione per l'agente.

Sin dall'inizio, però, il § 59 non era chiaro, così che ne nacquero due interpretazioni. Si poteva difatti intendere che il complice fosse da punire come un agente immediato o come l'agente stesso. In Francia si usò applicare la seconda interpretazione. Target, che era membro della commissione legislativa, ebbe a dire: [4]) « Chi partecipa ad un crimine quale istigante o quale complice merita la pena dell'autore e dei coadiuvanti. Qualora la pena venisse portata all'estremo rigore, parebbe giusto che questa accresciuta severità abbia a colpire tutti coloro i quali hanno preparato, aiutato o favorito il delitto e si sono così esposti a tutte le possibilità dovute agli eventi ».

Non v'è dubbio che il § 59 del codice penale venne applicato nel senso di una stretta accessorietà. L'interpretazione francese condusse però ad ingiustizie. Così, l'istigatore di un

---

[1]) Op. cit., pag. 71.

[2]) Bauer, op. cit., pag. 23.

[3]) Köstlin, System, pag. 325.

[4]) Locré, vol. 29, Observations sur le projet du Code criminel.

adolescente, malgrado il fatto che dovrebbe essere punito in forma meno severa, viene invece punito come l'agente, e quando quest'ultimo, per un motivo qualsiasi, fosse andato esente da pena, si ricorreva al principio della complicità mediata. [1])

In Prussia, per ciò che concerneva l'errore principale, si era in chiaro, e, sin da principio non si volle seguire la concezione francese ma quella tedesca, che prevedeva la gradazione della pena a seconda della colpevolezza.

Questa punibilità indipendente, nel quadro della propria colpevolezza, venne introdotta nel § 35 del codice penale prussiano e fu questa la sola deroga nata dal § 59 del C.P.

Con ciò si intendeva solamente che la pena del complice non dovesse essere identica a quella dell'agente, ma che fosse invece da fissare solo entro i limiti della pena prevista per il delitto e per l'agente [2]). Ad eccezione di questa deroga, il modo di vedere francese venne accolto quasi integralmente dalla legislazione prussiana.

La figura del complice rimase però eguale a quella dell'autore. [3]) Questa interpretazione non è però conciliabile con una punizione accessoria del partecipe. Dalla legge si ebbe a dedurre che il tentativo di istigazione e di complicità non fossero punibili.

Secondo Goltdammer [4]), l'istigazione non è altro che il procedimento volto alla creazione della volontà di delinquere. Temme [5]), per conto suo, ritiene che il delitto sia un prodotto dell'attività di tutti i partecipi. Egli punisce la partecipazione quale eccessoria all'azione principale, consistendo la partecipazione nel fatto che il partecipe ha voluto e coadiuvato alla consumazione dell'azione voluta dall'agente. [6]) La colpevolezza subiettiva, propria, non entra qui in linea di conto. Così motiva Temme la natura accessoria della partecipazione.

Si è cercato, dal punto di vista teorico, di chiarire la natura strettamente accessoria della partecipazione, così come figura nella nuova legge. Ne nacquero delle lacune che solo « a fortiori » poterono essere colmate. Ciò appare anche da quanto dice Bauer [7]): ne seguì, come vedemmo, dal principio

---

[1]) Chauveau et Helié, pag. 472.

[2]) Bauer, op. cit., pag. 29.

[3]) Goltdammer, Materialen, 1, pag. 302.

[4]) Goltdammer, Materialien, 1, pag. 309.

[5]) Temme, Preuss. Strafrecht, pag. 357.

[6]) La motivazione di Temme rammenta qui quella di Berner e di Köstlin.

[7]) Bauer, op. cit., pag. 32.

trovantesi alla base del Code pénal e del codice penale prussiano, che, per poter esistere una istigazione o una complicità punibile, era necessaria l'esistenza di un'azione principale punibile.

Tale concetto viene ammesso anche da tutti i penalisti che si son occupati della spiegazione del Codice penale prussiano.

Si disse che la morte dell'agente o l'impossibilità di identificare lo stesso non fossero d'ostacolo alla punizione del complice. All'impossibilità pratica di punire non si permise alcun influsso sulla punibilità del complice.

Birkmeyer [1]) dice che la partecipazione, considerata di per se stessa, non costituisce un'azione punibile. Egli combatte H. Meyer [2]) non ritenendo questi necessario che il delitto, al quale la partecipazione si riferisce, sia già effettivamente compiuto. Birkmeyer ritiene piuttosto che le azioni del partecipe diventino punibili solo quando si associno, in forma di partecipazione, ad un'azione punibile indipendentemente. Esse non sono punibili in via indipendente, ma trovano la loro punibilità in un atteggiamento delittuoso di un altro, al quale i partecipi si sono accomunati.

Questo è ciò che si definisce la natura accessoria della partecipazione. Laddove c'è partecipazione, c'è sempre dipendenza penale, dipendenza dall'azione e rapporto di accessorietà con la stessa.

Questa dipendenza e questa natura accessoria della partecipazione rispetto all'azione principale, sanzionate dal diritto positivo, sono un'ulteriore prova che la teoria subiettiva della partecipazione — la quale vuole l'indipendenza giuridica della partecipazione e nega quindi la natura accessoria della stessa — è in contrasto con le norme del diritto penale. [3])

Von Liszt [4]) dice che l'istigazione ha ricevuto la sua natura accessoria nel diritto positivo, per il fatto che, con l'azione libera ed intenzionale dell'agente capace di discernimento, vien interrotto il rapporto d'interdipendenza causale, esistente fra l'azione dell'istigatore ed il compimento del reato. Senza questa interruzione dell'interdipendenza causale, si avrebbe per risultato che tanto l'istigatore, quanto l'agente, sarebbero autori del delitto.

Sotto il concetto di interruzione dell'interdipendenza causale, von Liszt intende che l'istigazione non provochi la

---

[1]) Birkmeyer, Die Lehre von der Teilnahme, pag. 146.
[2]) H. Meyer, Gerichtssaal 111, pag. 127.
[3]) Birkmeyer, op. cit., pag. 150.
[4]) Von Buri, Kausalität, 1855, pag. 44.

decisione del delinquente e con essa il delitto, ma la condizione solo. [1])

Birkmeyer dice che il carattere accessorio della partecipazione, nel diritto positivo, non è altro che un'esatta distinzione fra condizione e causa ed il riconoscimento che ogni partecipazione pone solo una condizione al compimento, alla consumazione del delitto. [2])

Nella frase in cui la natura accessoria della partecipazione vien definita, e precisamente laddove vien detto che la partecipazione non è punibile in via indipendente, ma lo è solo in virtù del delitto di un altro, noi intendiamo non solo che la partecipazione si associa all'azione, ma anche che l'operato dello agente va giuridicamente qualificato come delitto e come azione punibile; ne consegue che la partecipazione non è qualche cosa di punibile.

Anche Schütze parte dalla regola: l'operato dell'agente stabilisce il delitto compiuto dal complice. [3]) Dove non c'è delitto non c'è partecipazione punibile.[4]) Egli osserva che il carattere accessorio della partecipazione richiede, per la sua punizione, solo l'esistenza di un delitto.di un'azione punibile compiuta dall'agente, ma non sempre la punibilità del delinquente. Schütze ritiene che qualora l'agente, per un motivo qualsiasi non fosse punibile, sussista tuttavia la punibilità del complice.

Noi dobbiamo fare tre distinzioni: motivi di esclusione da pena, motivi di sospensione da pena e mancanza di premesse processuali. Se uno di questi motivi ricorre nell'agente, il partecipe vien egualmente punito.

Birkmeyer [5]) punirebbe il complice anche nel caso in cui l'agente, di propria iniziativa, rinunciasse al tentativo, e ciò per il fatto che la rinuncia volontaria è motivo di esenzione da pena. Per il medesimo motivo, egli punirebbe il complice quando l'agente, causa morte, prescrizione o grazia, non venisse punito.

Per contro Birkmeyer [6]), a motivo della natura accessoria della partecipazione, non punirebbe il complice quando l'agente non fosse punibile causa malattia mentale, minorità, perchè sordomuto, perchè ha agito per errore, costrizione, legittima difesa oppure causa suicidio.

---

[1]) Birkmeyer, Ursachenbegriff, pag. 20 e seg.
[2]) Birkmeyer, Die Lehre von der Teilnahme, pag. 152/153.
[3]) Schütze, Notwendige Teilnahme, pag. 256.
[4]) Schütze, op. cit., pag. 294.
[5]) Birkmeyer, Die Lehre von der Teilnahme, pag. 156.
[6]) Birkmeyer, op. cit., pag. 158.

Dell'opinione contraria è Herzog [1]) nella sua originale concezione in merito alla «azione punibile». Egli riconosce la natura accessoria della partecipazione, ma nel concetto di azione punibile dell'agente comprende solo le fattispecie della parte speciale, senza aver riguardo ai motivi di esclusione da colpa o da pena contenuti nella parte generale. [2]) Per il legislatore in materia penale, «l'azione punibile» è quella che attribuisce allo stato il diritto di punire.

Il legislatore penale deve occuparsi anche della figura esteriore del criminale e delle azioni che solo in apparenza collidono le leggi penali. [3])

Azione punibile è, per il diritto penale, dal punto di vista materiale, «in dubbio», sempre quella per la quale lo stato ha il diritto di punire. Per i singoli reati previsti nella parte speciale, ciò è però solo il caso quando, oltre i requisiti della fattispecie speciale, si riscontrino quelli generali, cioè un agente responsabile, una volontà colpevole dello stesso nell'azione concreta, illegalità dell'azione, interdipendenza causale della azione con il successo. [4])

Herzog respinge la fattispecie del reato. Secondo il punto di vista dello stesso, la norma, trasgredendo la quale si provoca punibilità sarebbe: [5]) Tu non devi partecipare ad un'azione la quale esteriormente si presenta come una trasgressione della legge penale. Scilicet: che la stessa sia punibile anche dal punto di vista della sostanza, [6]) è per Te, partecipe, indifferente; Tu sei punibile anche quando dalla parte dell'agente non vi sia un'azione punibile. Ciò malgrado, Tu rimani partecipe e punibile, quale complice o quale istigatore, così come se avessi compiuto il delitto da solo.

Birkmeyer [7]) dice: Lo stato non ha sicuramente il diritto di punire la partecipazione ad un'azione, che solo esteriormente rappresenta un reato, nel medesimo modo di un'azione che è reato anche nella sua sostanza.

La punizione di una simile partecipazione rappresenta in realtà una negazione della natura accessoria della partecipazione. La punizione di una simile partecipazione è direttamente illegale. Difatti, la pena del complice e dell'istigatore

---

[1]) Herzog, Gerichtssaal, XXIX, pag. 435-462.
[2]) Birkmeyer, op. cit., pag. 160.
[3]) Herzog, Gerichtssaal, XXX, pag. 295.
[4]) Birkmeyer, op. cit., pag. 161.
[5]) Birkmeyer, op. cit., pag. 162.
[6]) Herzog, Gerichtssaal, XXXVIII, pag. 359.
[7]) Birkmeyer, op. cit., pag. 162.

va fissata in base a quella legge che trova applicazione per la azione dell'agente.

Concludendo possiamo dire: la natura accessoria della partecipazione esenta il partecipe da ogni pena, quando la azione dell'agente non adempie alla fattispecie generale e speciale di un'azione punibile. La natura accessoria della partecipazione conduce alle seguenti conseguenze:

Se l'agente ha compiuto o tentato il reato, anche il partecipe è punibile per la consumazione o per il tentativo.

Se l'agente è rimasto al tentativo, il partecipe ha tentato un reato.

Se l'agente lo ha consumato, anche il partecipe lo ha consumato.

La natura accessoria della partecipazione vuole che il reato sia almeno tentato. Non si può parlare di tentativo di partecipazione punibile, quando l'azione principale non esiste o quando per l'azione principale non esiste nè tentativo, nè esecuzione.

La partecipazione non possiede di per se stessa alcuna causalità per il compimento dell'azione delittuosa, perciò la partecipazione vien pure punita nel luogo in cui l'agente ha compiuto l'azione delittuosa. Grazie al suo carattere accessorio, la partecipazione ha luogo là dove il delitto stesso venne consumato [1]).

Con un esempio voglio qui chiarire la cosa. Uno svizzero (istigatore) istiga un altro svizzero (istigato) ad uccidere una terza persona in Italia. L'azione delittuosa vien consumata in Italia. Dal punto di vista giuridico, noi possiamo così trarre la conclusione che anche la partecipazione ha luogo all'estero. In merito alla sua punibilità in base alla nostra legge, fa stato l'art. 6.

A nostro modo di vedere, non vi è accessorietà nella partecipazione in merito alla punibilità di crimini o di delitti compiuti da svizzeri all'estero, quando l'agente che ha compiuto il delitto all'estero non possa essere estradato ed all'estero non venga così punito o lo venga solo in modo mite, mentre che il partecipe, all'interno vien punito severamente. Nel nostro codice penale, troviamo la natura accessoria della partecipazione nell'articolo 349. Lo stesso dice: « L'autorità competente per il procedimento contro l'autore principale è competente anche per il procedimento e il giudizio contro l'istigatore e il complice. »

---

[1]) Birkmeyer, op. cit., pag. 176.

Per il procedimento e la punizione dei partecipi sono qui competenti quelle stesse autorità che entrano in linea di conto anche per l'agente. Dalla natura accessoria della partecipazione, nascono delle conseguenze pertoccanti i principî inerenti alla concorrenza di diversi reati.

Quando il partecipe ad un delitto compie diverse azioni partecipanti, ci si trova, giuridicamente, di fronte ad una sola azione punibile. Il delitto è punibile solo quando venne compiuto, e racchiude quindi in sè la condizione del successo. La natura accessoria della partecipazione è presente anche nel caso opposto, quando cioè si abbiano diversi delitti con una sola partecipazione. Giuridicamente, in questo caso, ci si trova dinnanzi a tante partecipazioni quanti sono i delitti. Infine, rammentiamo che le caratteristiche dell'agente debbono ritrovarsi anche nel partecipe. Le circostanze particolari, che si incontrano nella persona del partecipe e che eventualmente avessero influsso sulla valutazione della colpevolezza, non vengono qui prese in considerazione, e il partecipante vien punito come l'agente principale.

Dalla natura accessoria della partecipazione, risulta inoltre che le azioni del partecipe si ritengono compiute nel luogo in cui ebbe luogo l'azione principale. La cosa si complica quando i partecipi sono diversi. Birkmeyer dice: [1]) la partecipazione ha luogo in ognuno dei luoghi in cui l'uno o l'altro dei partecipi ebbero ad agire come tali. Il delitto venne compiuto in ognuno di questi luoghi.

Questo modo di vedere, trova difficoltà di applicazione pratica. Pensiamo al caso in cui un reato venga consumato e che i diversi partecipi siano in parte nell'interno del paese ed in parte all'estero. L'azione, per sè stessa, rimane come in sospeso, e la conseguenza ne è che se l'azione principale venne compiuta all'estero, il partecipe all' interno non può essere punito, data la mancanza dell'azione principale.

Per la partecipazione, sono competenti i tribunali del luogo in cui fu compiuto il primo atto d'istruzione (C. P. art. 349[2]).

La reità mediata richiede, per natura, il completamento con l'azione principale. Solo questa realizza il reato ed è perciò una premessa indispensabile alla reità mediata. Chi istiga un pazzo, conosciuto come tale, a compiere un'azione punibile, va considerato come agente [2]). Von Liszt dice [3]): In quanto il carattere positivo, giuridico, della partecipazione non

---

[1]) Birkmeyer, op. cit., pag. 176.
[2]) Bauer Wilhelm, Die akzessorische Natur der Teilnahme, pag. 10.
[3]) Birkmeyer, op. cit., pag. 163.

entri in linea di conto, è la regola generale che vien applicata, senza distinzione.

Così pure Haelschner [1]): Agente è il colpevole che al momento dato non è partecipante.

Molti autori, come Mössmer e Clementz Binding [2]) i quali si sono occupati della reità mediata, ritengono che il reo mediato sia da giudicare al pari dell'agente ed uguale sia la responsabilità.

Blankennagel [3]) dice: L'azione dell'agente immediato va stimata come una semplice condizione in merito al successo, mentre che il contegno dell'agente mediato va considerato come se fosse il motivo. Se però il contegno dell'agente mediato vien giudicato come la causa e non manca il contegno subiettivo in merito al successo penalmente considerabile, nella prassi si può così motivare la reità mediata come figura giuridica e con ciò la sua punibilità.

Qualora, in assenza della premessa inerente alla capacità di discernimento, l'azione dell'agente principale non può essere presa in considerazione, anche il partecipe, causa la impunibilità dell'azione principale, non può essere punito.

Ci sono però altri autori, tra i quali Beling [4]), Frank [5]) e Hegler [6]), che in questi casi vogliono far diventare la partecipazione una reità mediata. La reità mediata non vien subordinata all'azione principale, ma si estende la punibilità della partecipazione; la reità mediata deve, per forza di cose, essere accessoria. La costruzione della reità mediata non è in grado di colmare tutte le lacune che nascono dal lasciar dipendere l'istigatore dall'azione punibile.

Il concetto di azione preparatoria, non esclude certamente la punibilità. L'azione preparatoria può venir considerata un reato indipendente e può essere punita anche in base ai principi del tentativo. Regolarmente la stessa va, per buoni motivi, esente da pena.

Koch [7]) dice: Se la reità mediata viene considerata una forma dell'azione principale, anche il tentativo di reità mediata è punibile; esente da pena è, per contro, quando vien riunita sotto le disposizioni inerenti alla partecipazione.

---

[1]) S. 1. 168.

[2]) Mössmer: Die mittelbare Täterschaft mit gleichzeitiger Berücksichtigung des Hypnotismus im Strafrecht, 1882, pag. 23, 26, 27, 56.

[3]) Blankennagel: Die Möglichkeit mittelbarer Täterschaft an Handlungen von Kindern und Jugendlichen, pag. 39.

[4]) Beling, Grundzüge, pag. 39.

[5]) Frank, Vorbemerkungen zu Par. 47, pag. 106.

[6]) R. G. Festschrift Bd. 5/305 e seg.

[7]) Koch, Die mittelbare Täterschaft, Tesi inaugurale, pag. 21.

A mio modo di vedere, il tentativo di reità mediata è sempre esente da pena, perchè si tratta solo di un'azione preparatoria e non è esplicitamente minacciato da pena, non a motivo della sua natura accessoria.

Nel nostro codice penale troviamo l'intestazione « Partecipazione » racchiudente in sè anche il concetto di azione. Noi dobbiamo domandarci se l'istigazione è azione dell'autore intellettuale o se la stessa, come la complicità, è vera e propia partecipazione. Secondo l'art. 24, l'istigatore « determina » all'azione, l'altro la eseguisce. Con ciò l'istigazione è partecipazione ad un'azione estranea.

In questo riferimento ad un'altra azione penalmente più importante, sta, nella sua essenza, la natura accessoria della partecipazione. [1])

Nel concetto di accessorietà della partecipazione si intende la dipendenza della punibilità della partecipazione da una azione principale veramente compiuta.

Liszt [2]), Hergt [3]) e Coenders [4]), sulla scorta della medesima teoria, deducono un'altra opinione in merito alla natura accessoria della istigazione, nel senso della impunibilità del tentativo di istigazione.

Blankennagel [5]) dice che l'istigazione, quale una delle figure della partecipazione, risale alla teoria della causalità, alla quale si inspira il legislatore e secondo la quale va fatta distinzione fra la causa, per ciò che si riferisce ad un successo penalmente considerabile, e le semplici condizioni dello stesso.

L'istigazione è, dal punto di vista causale, dipendente, e necessita di un completamento causale, il quale vien tolto da un'azione principale illegale, conforme alla fattispecie.

Questo modo di procedere vien contraddistinto dalla accessorietà dell'istigazione, la quale, da parte sua, non è un concetto indipendente, ma rappresenta piuttosto una funzione causale e con la quale, nell'applicazione della teoria della causalità, voluta dal legislatore, la partecipazione, nelle sue esteriorizzazioni delittuose di istigazione e complicità, può essere considerata una figura giuridica del diritto penale e ne vien motivata la punibilità.

Anche la complicità mostra una inferiorità e dipendenza, formanti la natura accessoria della stessa. Nel concetto gene-

---

[1]) Die Lehre von Beling, Grundz. Par. 76, 1, M. E. Mayer Lehrbuch 390.

[2]) Liszt-Schmidt Par. 52) 11) 2a.

[3]) Hergt, 138.

[4]) Coenders, pag. 174 e seg.

[5]) Blankennagel, opera cit., pag. 41.

rale di natura accessoria, si intende tanto la dipendenza obiettiva che subiettiva della stessa. Ciò per il fatto che solo una azione realizza il delitto, e l'azione principale costituisce dunque una premessa necessaria della complicità. Anche il complice è da qualificare e da punire diversamente a seconda che l'agente ebbe a consumare o solo a tentare il delitto. [1])

Inoltre, è necessaria l'esistenza di un'azione punibile alla quale vien prestato aiuto. [2]) L'azione principale vuole, come premessa, che il complice si rappresenti l'azione ed abbia (od avrebbe dovuto avere) la volontà dell'agente e che la sua volontà collabori alla stessa. Ci vuole dunque un'azione precisa alla quale vien prestato aiuto. Anche nella complicità dobbiamo distinguere tre motivi di esenzione da pena:

a) L'agente agisce, ma mancano gli elementi processuali necessari al procedimento; la sua punibilità permane e la complicità di altri resta punibile.
Birkmeyer [3]) vorrebbe punire il complice anche quando l'agente non può essere perseguito penalmente [4]), in mancanza di autorizzazione, ritenendo, in tal caso, mancante una premessa processuale.

b) Esiste un motivo di esclusione o di sospensione della pena per l'agente: la punibilità del complice sussiste data l'esistenza dell'azione punibile compiuta dall'agente. [5])

c) Altrimenti è quando ci si trova dinnanzi ad una circostanza escludente una colpevolezza nell' azione dello agente.
Birkmeyer [6]) fa anche qui una distinzione. Se il motivo di esclusione da pena poggia su jus comune, manca un'azione punibile ed anche il complice va esente da pena; si rivela così di nuovo la natura accessoria della partecipazione. Per contro, se il motivo di esenzione da pena poggia su jus singulare, un agente punibile manca; per contro, nulla osta alla punizione del complice.

Nel caso in cui, per l'agente, ci si trovasse di fronte a dei motivi di esclusione da colpa, quale malattia mentale, ubriachezza, errore scusabile, mancanza di libertà d' azione.

---

[1]) Confr. Birkmeyer, 1, c, par. 80 e par. 136.
[2]) Borchert, 1, c. pag. 87, Luden Abhlg. 11, pag. 340 e seg.
[3]) Birkmeyer, op. cit., pag. 157.
[4]) Cfr. v. Liszt, Lehrbuch S. 51, pag. 215 e Par. 42.
[5]) Cfr. Birkmeyer, op. cit., pag. 156.
[6]) Cfr. Birkmeyer, op. cit., pag. 156.

Birkmeyer, [1]) a motivo della natura accessoria della partecipazione, non vorrebbe di nuovo punire il partecipe, ritenendo qui che il motivo di esclusione da pena provenga da jus comune.

Quando noi ci troviamo di fronte ad un delitto colposo, e ci domandiamo se la partecipazione allo stesso è possibile, constatiamo che l'opinione comune lo ha sempre contestato. Berner [2]) ritiene che il rapporto fra la complicità e l'azione poggia sulla reciproca volontà, altri, invece, ritengono che poggi nell'unità del risultato provocato. [3])

Un delitto colposo può benissimo adempiere ad una fattispecie delittuosa, come un'azione intenzionale.

Quando il partecipe agisce colposamente e l'agente intenzionalmente, non si può più parlare di partecipazione, dato che quest'ultima vuole, come premessa, intenzionalità anche da parte del partecipe. [4])

Contrariamente al primo caso, se il partecipe agisce intenzionalmente e l'agente colposamente, dal punto di vista della natura accessoria della partecipazione, si vorrebbe ritenere che il primo abbia a subire la pena dell'agente colposo. [5])

Ci sono inoltre dei rapporti e dei motivi circonstanziali che agiscono sulla punibilità dell'agente. [6]) Sono questi i motivi di aggravamento o di attenuazione della pena, i quali possono venir suddivisi in subiettivi e obiettivi. [7]) I primi raffigurano le caratteristiche personali e la situazione dell'agente, e possono solo aumentare o diminuire la punibilità dell'agente, ma non la illegalità colpevole dell'azione. Gli altri possono influire sulla importanza penale dell'azione, ad es. i rapporti di parentela nei casi di infanticidio. Quali rapporti personali appartengono all'uno ed all'altro non ha per noi importanza. [8])

Il rapporto fra il partecipe e l'agente non è personale, ma materiale; la natura accessoria della partecipazione si fonda soprattutto sulla dipendenza della partecipazione dal delitto compiuto con l'operato dell'agente. Siccome però, dalla punibilità della partecipazione scaturisce una certa dipendenza subiettiva, tali rapporti subiettivi possono essere fatti valere

---

[1]) Cfr. op. cit., pagine 158/159.
[2]) Berner, Teilnahme, pag. 212/213.
[3]) Mintz Paul, De Lehre von der Beihilfe, 1892, p. 149.
[4]) Bauer, op. cit., pag. 88.
[5]) Bauer, op. cit., pag. 89.
[6]) Mintz, op. cit., pag. 153.
[7]) Birkmeyer, op. cit., pag. 169.
[8]) Birkmeyer, op. cit., pag. 169.

dal partecipe solo in quanto gli fossero noti o avesse dovuto conoscerli. [1])

L'art. 26 del codice penale svizzero, in merito ai rapporti personali ed alle circostanze determinanti in aggravamento, attenuazione o esclusione della punibilità dell'azione, dice che si tiene conto solo per l'autore, l'istigatore o il complice a cui le relazioni speciali si riferiscono.

Questo articolo vale tanto per l'agente quanto per il partecipe. Anche il codice penale germanico del 15.5.1871, per ciò che concerne la partecipazione, si attiene in via di principio alla medesima tesi. L'articolo 50, secondo il quale le circostanze aggravanti o attenuanti vanno considerate presso colui il quale le possiede, non modifica nulla e costituisce solo una eccezione alla regola generale. [2])

Con questa punibilità indipendente del partecipe e dell'agente, a seconda delle loro caratteristiche personali e dei loro rapporti, il codice penale ha tuttavia abbandonato una conseguenza della teoria obiettiva sulla partecipazione.

Nella legislazione penale svizzera, la situazione non è così uniforme. Così, mentre il codice penale militare, nell'articolo 22, non considera la partecipazione come indipendente, nella maggior parte delle leggi cantonali, la istigazione vien considerata il motivo principale dell'azione e le vien concessa una certa indipendenza dalla stessa. [3])

---

[1]) Mintz, op. cit., pag. 151.

[2]) Niedermann, Untersuchungen über Begriff und Wesen der mittelbaren Täterschaft, pag. 30.

[3]) Niedermann, op. cit., pag. 30.

II Capitolo

Delitto tentato e reità mediata

Uno sguardo generale nello sviluppo storico del diritto penale, ci porta alla constatazione che il tentativo cominciò ad essere punito in forma generale, solo dal diritto salico e longobardo. [1])

Nel diritto romano, non si faceva ancora alcuna distinzione fra tentativo e consumazione [2]). Anche il diritto germanico, come gli altri diritti del primo Medio Evo, non conosceva la punibilità del tentativo [3]).

Solo nel sedicesimo secolo, nei diritti delle città germaniche, sorge, per la prima volta, il concetto di tentativo. E' il codice del 1532, nell'art. 178, che accenna al concetto di tentativo [4]). Il Landrecht prussiano del 1794 prevedeva una pena attenuata del tentativo di delitto, rispetto al delitto compiuto. Il Code pénal del 1810 definisce il tentativo come un « commencement d'exécution ». Quale inizio d'esecuzione venne assunto nel codice penale prussiano del 1851 e da qui nel codice penale germanico [5]).

In Svizzera troviamo il concetto di tentativo già nei progetti preliminari del 1893-1894 e 1896 nell' espressione « chi tenta di compiere un delitto... ». [6])

Nel progetto del 1918, nell'art. 19, venne assunta la seguente espressione ampliata: « Chi tenta di compiere un delitto e ne ha cominciata l' esecuzione... ». [7]) Nell' attuale codice penale, noi incontriamo il tentativo agli articoli 21, 22 e 23. Il nostro codice penale fa una distinzione fra tentativo compiuto, incompiuto ed impossibile.

Anche nella reità mediata, la distinzione fra tentativo e consumazione è di grande importanza. Il tentativo non può essere compreso se non vien messo in relazione con la consu-

---

[1]) Mommsen, Römisches Strafrecht, 1899, pag. 95.

[2]) Klesmann Otto, Versuchsbeginn bei mittelbarer Täterschaft, pag. 7.

[3]) Fehr Hans, Deutsche Rechtsgeschichte, Berlin und Leipzig, 1925, pag. 280.

[4]) Wilda, Strafrecht der Germanen, 1842, pag. 605.

[5]) Niedermann, opera citata, pag. 133.

[6]) Klesmann, op. cit., pag. 8.

[7]) Niedermann Max, Untersuchungen über Begriff und Wesen der mittelbaren Täterschaft, pag. 133.

mazione del reato. Il reato è consumato quando tutte le premesse fissate dalla legge sono adempiute.

Carrara [1]) ha considerato il tentativo come un reato incompleto secondo il concetto romano di flagitium perfectum ed imperfectum, cioè come un reato sminuito nella sua forza fisica.

Noi dobbiamo essere riconoscenti verso i pratici italiani, se il concetto di tentativo venne ulteriormente elaborato.

Il diritto romano conosceva il tentativo solo nell'ultima fase del suo sviluppo. Come già ebbimo a dire, non conosceva la distinzione fra affectus ed effectus e sotto l'impero valeva ancora il principio in maleficiis voluntas spectatur non exitus. [2]) Solo quando il crimine ordinario ebbe a distinguersi dal extra ordinem, si potè anche far distinzione fra flagitium perfectum ed imperfectum.

Con il flagitium imperfectum, venne costruito il concetto di tentativo. La teoria del tentativo è venuta dai pratici, e trova posto nella definizione di Alciato: « aliud crimen aliud conatus; i hic in itinere, illud in meta est ». [3])

Solo laddove nei reati si riscontra un « iter », si può parlare di tentativo. Ogni azione punibile ha uno sviluppo storico che si può scindere in due fasi: una interna e subiettiva: l'altra esterna ed obiettiva.

L'azione penale esiste dapprima quale idea toccante solo la coscienza morale e religiosa. Il male, lasciando l'idea, si trasforma in volontà (voluntas sceleris). La volontà, fintanto che rimane celata nell'intimo dell'animo, non cade sotto il controllo della giustizia penale.

Maggiore [4]), e Berner [5]), ritengono che qualora una cattiva intenzione non sia ancora messa in azione, ma espressa verbalmente o in forma scritta, sia già punibile. Von Buri [6]) non è della stessa opinione, ritenendo che la volontà, per essere punita, deve lasciare l'intimo dell'agente. Senf [7]) si associa alla teoria di von Buri e si domanda se lo stato è competente ad esaminare ed a punire l'attività più lontana e più distante dal risultato. Egli risponde che lo Stato può colpire di pena qualche cosa di obiettivo, e qualche cosa di subiettivo, solo

---

[1]) Maggiore C., Principî di Diritto penale, pag. 439.
[2]) Maggiore C., op. cit., pag. 442.
[3]) Alciato, comm. ad. L. 53 de verb. significat.
[4]) Maggiore C., op. cit., pag. 443.
[5]) Berner, Gerichtssaal 1865, 2. fasc. pag. 82.
[6]) v. Buri, Zur Lehre vom Versuch, Gerichtssaal 1867, pag. 62.
[7]) Senf, Vorbereitung und Versuch, Gerichtssaal, Bd. 7, 1906, pag. 287/288.

quando cade nell' obietto. Fra decisione ed azione esistono le seguenti fasi:

1. La preparazione.
2. La esecuzione. Quest'ultima si suddivide in
   a) reato mancato (art. 22 CPS);
   b) reato tentato (art. 21 CPS);
   c) consumazione.

Ferri [1]) e Maggiore [2]) dicono che il reato mancato è l'esecuzione oggettivamente imperfetta, mentre il reato tentato è l'esecuzione soggettivamente e oggettivamente imperfetta.

Dalle azioni preparatorie vanno distinte le azioni volte alla consumazione ed il momento in cui queste esistono è di grande importanza per la partecipazione. Le azioni volte alla consumazione e quelle volte alla preparazione raffigurano diversi tipi di azione. Ciò che però hanno di comune è la parola azione, che non significa altro che realizzazione pratica della volontà umana nel mondo che ci circonda.

Come già di per sè la parola dice, l'azione volta alla preparazione precede quella volta alla consumazione.

L'azione preparatoria consiste in un'attività umana caratterizzata dai suoi rapporti con le attività successive e solo per il tramite di queste si giunge al fine voluto.

Per contro, la consumazione è un'azione umana, caratterizzata dai suoi rapporti diretti con la meta prefissa. [3])

Se noi vogliamo occuparci di rispondere alla domanda dove termina la preparazione e dove comincia il tentativo, ci accorgiamo subito che le difficoltà sono molteplici.

Ci troviamo difatti in mezzo a molteplici teorie. La *teoria subiettiva* è sostenuta da Otto. [4])

Egli raccoglie la preparazione e la consumazione sotto un concetto unico di tentativo. Per lui il tentativo è una attività [5]) espressa in modo percepibile, volta al compimento di un reato, prima ancora del compimento stesso. Otto pretende dunque che la consumazione non è possibile senza la preparazione.

---

[1]) Ferri, Principî di diritto criminale, pag. 542, 543.
[2]) Maggiore, op. cit., pag. 443.
[3]) Senf, op. cit., pag. 289.
[4]) Otto, Vom Versuch der Verbrechen, Leipzig, 1854.
[5]) Otto, op. cit., pag. 19.

Personalmente io appoggio la tesi di Senf, [1]) secondo la quale non tutti i reati, per la loro consumazione, richiedono una azione preparatoria esteriore. Rossi dice pure [2]) « Ces actes (actes purement préparatoires et actes du commencement d'exécution) ne se rencontrent pas dans tous les délicts. Il y a des crimes dont l'exécution n'exige guère d'être préparée par des actes extérieurs ».

Mittermaier ammette due principi: nel primo ritiene che la caratteristica specifica di un'azione realizzante un delitto si presenti quale azione esecutiva, per il fatto che nasce dalla volontà precisa di compiere il delitto. [3]) Nel secondo principio egli tratta il delitto qualificato e costruisce una presumptio dell'esecuzione ex dolo.

Però Mittermaier [4]) ammette lui stesso che, in singoli casi, l'azione preparatoria va congiunta ad una decisione precisa.

Anche von Schwarz è della medesima opinione. Egli dice difatti: [5]) solo nella decisione precisa sta la differenza fra azione preparatoria e tentativo.

Oppure: [6]) Una giustificazione della differenza sta nel fatto che, nell'azione preparatoria, la volontà precisa di compiere un reato non si manifesta ancora.

Un'altra *teoria* è quella *obiettiva* ed è dovuta ad Hugo Meyer, secondo il quale, azioni preparatorie sono quelle con le quali vengono poste delle condizioni al risultato, solo nella forma concreta. Azioni esecutive sono quelle con le quali, al risultato, vengono poste solo delle condizioni pertoccanti la sua forma astratta. [7]) Meyer dice che le azioni preparatorie sono quelle le cui caratteristiche rispetto al reato voluto sono solo accidentali. Azioni esecutive sono per contro quelle che portano in loro stesse le caratteristiche del reato voluto. [8]) Binding [9]) dice che il reato comincia là dove si inizia la provocazione della causa per il risultato delittuoso. Birkmeyer [10]) considera l'azione esecutiva come quell'azione che può essere ritenuta la causa del risultato legalmente perseguibile.

---

[1]) Senf, op. cit., pag. 261.
[2]) Traité de droit pénal, vol. 2, pag. 266. Parigi, 1829.
[3]) Senf, op. cit., pag. 264.
[4]) Mittermaier, Gerichtssaal, Vol. XI, 1859, pag. 212.
[5]) Schwarze, Kommentar zum Str. G. B. 3. Ed., pag. 119, Leipzig, 1873.
[6]) Schwarze, in v. Holtzendorffs Handbuch des deutschen Strafrechtes: Versuch und Vollendung, pag. 277.
[7]) L. v. Bar, Die Schuld nach dem Strafgesetze, pag. 512. Berlin 1907.
[8]) Senf, Vorbereitung und Versuch, Gerichtssaal, Vol. 67, pag. 267.
[9]) Binding, Die Normen und ihre Uebertretung, Vol. 1, 2. Ed., pag. 121.
[10]) Birkmeyer, Die Lehre von der Teilnahme, pag. 95.

La teoria obiettiva del tentativo non è che un indebolimento del sistema illegale contenuto nel tentativo stesso. Secondo la medesima, solo una tale azione fa luogo alla fattispecie [1]).

Per il fatto che nè la teoria puramente subiettiva nè quella obiettiva hanno potuto dare una delimitazione precisa fra tentativo e preparazione, molti penalisti hanno cercato una soluzione nella fusione delle due teorie.

I rappresentanti di questa *teoria mista* sono: Loening che così si comporta [2]): « entnimmt das abgrenzende Merkmal der Vorstellung des Täters, statuiert aber zwischen den aus der Erfolgsvorstellung resultierenden Willensbetätigungen des handelnden Subiekte insofern eine allgemeine objektive Unterscheidung, als er nur diejenige als Ausführungshandlung ansieht, die unmittelbar, ohne weitere interkurrierende Willensimpulse des Täters den beabsichtigten Erfolg herbeiführen soll [3]) ».

Egli deduce dunque la delimitazione da ciò che l'agente si figurava; secondo la sua opinione, l'inizio della consumazione si ha quando l'agente ha cominciato quelle ultime attività volontarie che egli ha creduto necessarie per il conseguimento del risultato.

Una teoria analoga è sostenuta da Oetker [4]), secondo il quale il tentativo è realizzazione dell'ultima volontà sussidiaria. [5]) Oetker differisce da Loening, in quanto, nel concetto di consumazione, vuole il compimento dell'ultimo movimento fisico, mentre che quell'autore vuole solo realizzazione dell'ultimo aiuto. Secondo Oetker, caratteristica del tentativo è l'inizio della consumazione. [6])

Horn [7]) fa una distinzione fra l'inizio della consumazione (stato di tentativo) e la preparazione, in quanto richiede per il primo l'esecuzione di un'attività pericolosa ed intenzionale, volta al compimento di una fattispecie delittuosa. La pericolosità, a suo modo di vedere, deve essere astratta e concreta.

---

[1]) Zimmerli Leopold, Aufbau des Strafrechtssystem, Tübingen 1930, pag. 132.

[2]) Lening, Grundriss zu Vorlesungen über deutsches Strafrecht Frankfurt 1885, pag. 48/49.

[3]) v. Senf, op. cit., pag. 271/272.

[4]) Oetker, Der Versuch und die schweiz. Strafgesetzentwürfe, 1897, pag. 53, Bd. 17 Z. Schr. P. G. Strafrechtsw.

[5]) Oetker, op. cit., pag. 65.

[6] Oetker, op. cit., pag. 66/67.

[7]) Horn, in der Zeitschr. f. d. ges. Strafrechtswiss. 1900. Vol. XX, Der Versuch, pag. 336.

E' astratta quando è in gioco un motivo in abstracto, ed è concreta quando poggia sulla riflessione che l'azione avrebbe potuto essere consumata. [1])

Tanto la teoria mista quanto quella obiettiva e quella subiettiva, non giungono ad una distinzione precisa fra tentativo e preparazione. Senf le ha tutte trasformate nella cosidetta « *Apperzeptionstheorie* ».

Secondo la sua teoria, è nella capacità di percezione, dunque nell'animo dell'osservatore, che poggia tale distinzione. [2])

In questa teoria egli accenna avantutto all'opinione di Thon, [3]) che dice: [4]) il subentrare di una minaccia fornisce la misura per differenziare il tentativo dalla preparazione; secondo lui, si ha minaccia quando sono in giuoco delle condizioni volte ad un risultato delittuoso, e nelle quali, con probabilità, noi possiamo intravvedere la consumazione che subentrerà più tardi. [5])

Come Thon, anche Luden [6]) cerca la delimitazione nell'animo del giudice. Nel suo Handbuch des deutschen Strafrechts, egli dice che, per trovare l'inizio del tentativo punibile, bisogna poter accertare nell'azione la volontà di portarlo a compimento. Per chiudere sia fatto accenno alla teoria di John. [7]) Alla domanda, come si possano delimitare tentativo e preparazione, egli risponde:

« Osserva ciò che è accaduto. Se dai fatti tu devi tirare la conclusione se un reato è voluto, punisci ciò che è accaduto come il tentativo di un reato; se i fatti, per contro, non ti spingono a ciò, lascia impunito ciò che è accaduto ».

D'accordo con Hafter, [8]) Thormann [9]) si esprime in merito, nel senso che il concetto di tentativo, probabilmente, non si lascia riunire in un periodo di legge. Fintanto però che non esiste una formula precisa, avuto riguardo ad una pratica giudiziaria uniforme, ci si attenga all'espressione « ed ha

---

[1]) Horn, op. cit., pag. 357.

[2]) Senf, op. cit., pag. 280.

[3]) Thon, Festrede gehalten in der Universitätskirche zu Jena, zur akademischen Preisverteilung, Jena, 1894.

[4]) Thon, op. cit., pag. 31.

[5]) Thon, op. cit., pag. 13.

[6]) Luden, Handbuch des deutschen gemeinen und partikularen Strafrechts 1, Jena 1847, pag. 395.

[7]) John, Entwurf mit Motiven zu einem Strafgesetzbuch für den norddeutschen Bund, Berlin 1868, pag. 217.

[8]) Hafter, Lehrbuch 191.

[9]) Thormann Ph., Die Strafbarkeit der Vorbereitungshandlungen Schw. Zeitschrift f. Strafrecht, 49. Jhrg., Heft 1, pag. 4.

cominciato l'esecuzione », dalla quale si può comunque dedurre che il tentativo può esistere solo in una attività direttamente riconoscibile e che rappresenta, per lo meno, una parte dell'esecuzione o della realizzazione della fattispecie, anche quando quest'attività non abbia condotto alla consumazione. Questa teoria, può essere accolta.

L'ordinamento giuridico, in generale, deve accontentarsi di un principio generico, lasciando decidere alle singole fattispecie, quando questo rapporto immediato è dato. La nozione « inizio dell'esecuzione » non si lascia difatti definire da una regola generale. Con ciò, il decidere in merito ad essa diventa competenza del giudice. Il problema non è però risolto e molti sono stati i tentativi fatti nell'intento di porre in mano all'uomo della pratica una regola utilizzabile.

L'addentrarsi nell'intimo di questo problema non è cosa del nostro studio presente e rinviamo all'estesa trattazione di questa teoria, fatta da Thormann. [1])

Ci limitiamo qui a ripetere la soluzione, che praticamente è la più utilizzabile, dettata dall'autore accennato: Le azioni preparatorie sono illegali e, come tali, punibili quando rappresentino la preparazione di un'azione punibile, vale a dire quando non esiste più dubbio che le stesse sono volte alla realizzazione di un fine punibile. [2])

Nella reità mediata, per il concetto di consumazione esistono due possibilità:

Inizio della consumazione esiste già nello spingere lo strumento anche se questo adempie da solo alla fattispecie? [3])

L'agente mediato che determina l'intermediario, non incomincia nè con la realizzazione della consumazione nè con quella della fattispecie? [4])

Nella reità il tentativo incomincia con la realizzazione della fattispecie da parte dell'agente; nella reità mediata, per contro, se consideriamo il determinare lo strumento quale parte della consumazione, il tentativo comincia in questo momento o forse anche prima.

Una grande parte degli autori concordano nell'idea che solo la realizzazione della fattispecie da parte dello strumento origina il tentativo. Essi dicono che la consumazione equivale all'azione portante alla fattispecie.

---

[1]) Thormann, op. cit., pag. 7 e seg.

[2]) Niedermann Max, Untersuchungen über Begriff und Wesen der mittelbaren Täterschaft, Bern, 1938, pag. 133/134.

[3]) Niedermann, op. cit., pag. 134.

[4]) Klesmann, Versuchbeginn bei mittelbarer Täterschaft, s. 9.

Beling, parla di «Tatbestandskern» (nocciolo della fattispecie) che racchiude in sè l'esecuzione.

Von Liszt-Schmidt [1]) è dell'opinione che un tentativo è compiuto, non appena il determinante lascia il resto alla libertà dello strumento.

Secondo Frank, [2]) il reo mediato non comincia con la realizzazione di un requisito della fattispecie, quando influisce sullo strumento, perciò non agisce prima dell'intermediario.

Secondo Petri, [3]) la delimitazione fra preparazione ed esecuzione nell'azione indiretta è uguale a quella dell'azione. In questa relazione, ammette dunque il carattere accessorio della reità mediata. Per lui l'influsso del reo mediato sullo intermediario è solo azione preparatoria, mentre che, solo quando l'intermediario (strumento) eseguisce, ammette inizio del tentativo.

Von Hippel [4]) afferma che il procurarsi ed il preparare i mezzi necessari alla consumazione di un' azione punibile non significa ancora inizio dell'esecuzione dell'azione stessa.

I rappresentanti di questa opinione vedono proprio quì l'essenza della reità mediata, nel senso che il tentativo comincia solo con l'inizio dell'esecuzione, cioè con l'attività dello strumento.

Altri autori sono dell'opinione che con il «determinare» lo strumento si ha esecuzione. Alla domanda se già l'influire sull' intermediario debba essere considerato tentativo, E. Schmidt [5]) risponde affermativamente. Egli ammette compimento del tentativo non appena il determinante lascia il resto alla libertà dello strumento.

Io sono pure di questa opinione perchè il reo mediato, determinando lo strumento, provoca l'ultima attività, mentre che di un'azione preparatoria impunibile, non è qui parola.

A nostro modo di vedere, l'opinione di Petri, è errata, per il fatto che, nella reità mediata, il solo agente è quello mediato, ed un'azione dello strumento, che come agente non entra in linea di conto, non può aver luogo.

L' opinione, secondo la quale il tentativo dell' agente mediato esiste già nello spingere, determinare lo strumento, risponde anche alle necessità della prassi. Il nostro Codice

[1]) Von Liszt-Schmidt, Lehrbuch, 25. ed., pag. 321.
[2]) Frank, Kommentar, pag. 86/87.
[3]) Petri, Zeitschr. f. Strafrechtswissenschaft, vol. 39, pag. 894.
[4]) V. Hippel, L. B. 2, pag. 397 e seg.
[5]) Schmidt, Die mittelbare Täterschaft, pag. 132.

penale, allarga sempre più il tentativo punibile a svantaggio della preparazione impunibile. Esso prevede un'attenuazione obbligatoria della pena, in forma libera, come prevista dall'art. 63.

Ci dobbiamo ancora domandare se delle eccezioni non siano possibili, nelle quali il tentativo di reità mediata incominci solo con la realizzazione della fattispecie da parte dell'intermediario.

Il determinare può essere considerato tentativo quando lo strumento deve far dipendere la realizzazione dell'azione dal verificarsi di determinate circostanze. Anche in questi casi il determinare contiene un tentativo di reità mediata. Con lo spingere e determinare, l'intermediario pone una condizione atta a provocare il risultato. Egli vuole la realizzazione della azione solo nel caso in cui determinate premesse fossero date sopra la cui presenza è incerto; egli calcola tuttavia sul sopravvenire di esse, e dà a conoscere il suo conseguimento alla realizzazione dell'azione, in quanto affida continuate energie allo sviluppo ulteriore.

L'agente mediato doveva così calcolare sul dolus eventualis. Calcolava con il sopravvenire di determinati eventi, dunque anche con il risultato punibile, ed era, in questo caso, d'accordo con la sua realizzazione.

Secondo l'opinione generale, il dolus eventualis, basta per il tentativo. [1])

Se l'agente mediato ha dato incarico allo strumento di uccidere X, se questi rifiutasse di consegnare denaro, si ha già tentativo da parte dell'agente mediato.

Abbiamo constatato che il tentativo dell'agente mediato non comincia più tardi del determinare lo strumento.
Per contro non abbiamo ancora esaminato se l'inizio del tentativo non sia possibile prima di questo momento.

Il procurarsi uno strumento, non è per noi ancora un inizio della esecuzione. L'influire su di un individuo od il fare di lui uno strumento appropriato, spingendolo ad un'azione punibile, è ancora azione preparatoria non punibile. [2])

Il tentativo può dunque cominciare solo quando il fatto di spingere, da parte dell'agente mediato, ha raggiunto una conclusione tale, da poter permettere allo strumento la realizzazione dell'azione.

Niedermann [3]) parla della necessità di due momenti per poter punire il tentativo. La volontà di delinquere e la messa

---

[1]) Confronta Allfeld, pag. 192 e Lobe, paragrafo 43, cifra 2.
[2]) Winter, pag. 42 e v. Buri, pag. 57.
[3]) Niedermann, op. cit., pag. 134/5.

in pericolo vanno puniti quando la consumazione del delitto non è giunta a termine.

Berner [1]) dice per contro che solo la volontà, indipendente dal carattere appropriato del mezzo, va punita.

Secondo Rubo [2]) il tentativo è punibile quando minaccia la sicurezza dell'ordine giuridico pubblico. Egli dice inoltre che una tale minaccia esiste quando la violazione dell'ordine giuridico (in concreto) è possibile; possibile sarebbe poi quando, per il sopravvenire, esistessero dei motovi seri che si lascino dedurre dai motivi originari.

Da ciò si deve dedurre la impossibilità di punire dei tentativi fatti con soggetti inetti ed a oggetti pure inetti. Al concetto di minaccia dobbiamo aggiungere che l'avvenimento soggetto al nostro apprezzamento deve dare la persuasione che il risultato voluto subentrerà.

L'agente mediato è punibile solo quando il bene giuridico vien minacciato dall'agire dello strumento; prima non si ha attacco al bene giuridico.

Si deve quì distinguere la pericolosità dell'agente e della azione. Concepita in modo puramente subiettivo, dal punto di vista dell'agente, ogni tentativo è pericoloso perchè, secondo il modo di vedere dell'agente, può condurre alla consumazione, ed ogni persona. che tenta l'esecuzione di un delitto, può essere considerata pericolosa.

Hafter [3]) in merito alla punibilità del tentativo dà la seguente definizione:
«Tentativo è attività premeditata che non raggiunge lo scopo ma che provoca tuttavia una situazione pericolosa ». Il C.P. svizzero conosce un aspetto subiettivo e obiettivo del concetto di pericolo ed a seconda dei casi il giudice fa uso di una misura determinata per la punizione.

Von Bar [4]) considera un'azione che è rimasta un semplice tentativo come non pericolosa. Secondo il nostro C.P., l'agente di un tentativo compiuto o incompiuto vien punito in forma attenuata.

Per contro, nel caso di tentativo inetto, il giudice può ridurre la pena liberamente.

Per i primi due casi, fa stato l'articolo 65, mentre che per l'ultimo fa stato l'articolo 66.

---

[1]) v. Buri, zur Lehre vom Versuche, Gerichtssaal, vol. 19, pag. 63.
[2]) v. Buri, op. cit., pag. 66.
[3]) Hafter, op. cit., pag. 196.
[4]) Von Bar, Die Schuld nach dem Strafgesetz, pag. 492.

Se noi ci domandiamo fino a quando l'agente mediato può ritirarsi, impunito, dal tentativo, dobbiamo fare anche quì una distinzione.

Nel caso di reità mediata, si ha tentativo quando lo strumento ha terminato l'esecuzione, ma il risultato non è ancora sopravvenuto. Se l'agente mediato vuol ritirarsi, non può farlo solo con la cessazione dell'esecuzione; ciò perchè non verrebbe impedito il sopravvenire del risultato. Egli deve piuttosto rendere la sua attività impotente nei confronti dello strumento. In quale modo ciò possa sopravvenire, non ha importanza. Egli può distogliere lo strumento dall'intenzione in lui suscitata, può però anche impedire il risultato con attività propria. Vediamo dunque che la sola forma per rinvenire è il pentimento attivo; [1]) altrimenti è per i giuristi, i quali vedono tentativo nell'azione mediata, già nell'influsso esercitato sullo strumento.

Riteniamo perciò possibile un rinvenimento volontario fintanto che l'influsso esercitato sullo strumento non si è ancora concluso, risp. non si è ancora lasciato il resto alla sua libertà. Riteniamo pure che l'agente può ritirarsi solo con azione attiva [2]).

Se poi non è il reo mediato che si ritira, ma lo strumento, per decisione propria, la cosa si presenta diversamente.

Secondo Allfeld, [3]) quando lo strumento si ritira di propria volontà dal tentativo, non si ha desistenza volontaria del reo mediato, perchè la desistenza dello strumento dal proseguimento dell'esecuzione, o l'impedimento del risultato da parte dello stesso, sono per il reo mediato un ostacolo esterno che gli rendono impossibile il conseguimento.

Se una volta fallita la cosa non intraprende da sè l'esecuzione, abbandona allora solo il ripetimento del tentativo e non si ha così una desistenza volontaria. Altro è il caso quando l'incarico allo strumento venne trasmesso sotto esplicita o tacita condizione. Se lo strumento, in mancanza della condizione desiste, questa desistenza torna a favore anche del reo mediato.

---

[1]) Petri, pag. 19 Z 39, 694.

[2]) Liszt-Schmidt, paragrafo 50 ann. 10: Winter pag. 42.

[3]) Festgabe für v. Frank, vol. 2, pag. 95.

PARTE TERZA

I. Capitolo

L'uomo quale strumento

a) *Casi che escludono l'imputabilità dell'uomo quale strumento.*

Il concetto di reità mediata venne creato dalla scienza giuridica allo scopo di colpire certi atti che, con un'applicazione rigida delle disposizioni legali e malgrado la presenza di una colpa penale, sfuggirebbero ad una punizione.

Suscitò preoccupazioni il fatto che in tutti quei casi in cui un uomo, seguendo l'influsso psichico di un altro, esteriormente realizzava tutte le caratteristiche di una fattispecie penale senza consumare un reato ai sensi della legge, chi lo aveva spinto, non veniva punito per il fatto che, di istigazione, in assenza di un'azione punibile da parte dell'agente, non poteva essere parola. [1])

Si stabiliva così un parallelo fra la persona che non ha compiuto un'azione punibile e lo strumento morto, del quale l'agente si serve per l'esecuzione di un reato, chiamandolo « strumento umano » o ancora peggio « strumento » mentre che il colpevole, quale agente mediato, veniva tenuto responsabile.

Schütze [2]) definisce l'agente mediato quale agente finto, ciò che però non pare assolutamente appropriato. L'agente mediato è un semplice agente che adempie in forma indipedente e colpevole a tutte le caratteristiche della fattispecie del reato e lascia solo l'esecuzione allo strumento umano. Non sempre, dove si incontra uno strumento umano, nasce reità mediata. Se uno si serve di una imposizione fisica verso uno strumento, il primo non è agente mediato, ma immediato, poichè lui solo agisce. L'altro segue solo l'imposizione fisica.

[1]) Von Calker, Die strafrechtliche Verantwortlichkeit, pag. 16.
[2]) Schütze, Lehrbuch, pagina 148, not. 3.

Qui appare subito chiara la differenza fra strumento vivo e morto. Per far sì che un corpo vivo perda la vita, lo si separa — come non più esistente come uomo — dalla considerazione penale. Solo quando il corpo morto entra in contatto con un uomo vivo che lo utilizza quale strumento, entra di nuovo in considerazione per il diritto penale, ma appunto solo quale strumento.

Mittermaier [1]) definisce la reità mediata come la disposizione per l'esecuzione di un'azione non punibile. Dobbiamo quì concepire in modo esatto le nozioni di premeditazione e di azione. Dobbiamo sforzarci di distinguere le diverse categorie a seconda della loro importanza sociale.

Mittermaier distingue qui avantutto l'utilizzazione semplice del corpo morto di una persona, quale strumento: l'utilizzante è, da solo, agente. Nel nostro codice penale è contenuta tutta una serie di motivi escludenti od attenuanti la pena.

Von Frank [2]) nel concetto « colpa » intende in un certo e qual senso intenzione e negligenza. Binding [3]) dice che la colpa nel delitto semplice è sempre semplice premeditazione o semplice negligenza. Nei delitti multipli, anche la colpa è sempre multipla e precisamente si compone:

1) di una combinazione di diverse intenzioni delittuose,
2) di una combinazione fatta di intenzioni e di negligenze,
3) di una combinazione fatta di diverse negligenze.

Contro queste teorie si oppongono soprattutto Liszt [4]) e Frank. [5]) La colpa significa un rapporto intimo fra l'agente e l'azione. Deve esistere quando il risultato esternamente subentrato può essere attribuito, cioè rimproverato, alla provocazione dello stesso. Questo rimprovero può però essere mosso solo quando l'agente è capace di discernere, ha agito con la necessaria disposizione mentale (vale a dire con premeditazione o colposamente) e non è dato alcun motivo di esclusione da colpa.

Fra i motivi previsti dal nostro codice penale escludenti la presenza di un reato, va citata la perturbazione grave della coscienza e la malattia mentale, figuranti nell'articolo 10 e

---

[1]) Mittermaier, Zeitschrift f. d. gesamte Strafrechtswissenschaft. Volume 21, pagina 245.

[2]) cit. da Frank, Kommentar, pagina 108.

[3]) Binding, Grundriss, Allg. Teil, pagina 49.

[4]) Von Liszt, Lehrbuch, pagina 157.

[5]) v. Frank, Kommentar, pagina 109.

che la scienza penale riassume nel concetto di incapacità di discernimento.

Per far sì che la incapacità di discernimento possa sopprimere il carattere di reato, debbono cadere o la colpa o l'illegalità, dato che secondo Liszt [1]) il reato deve contenere l'una o l'altra. Ammettiamo che essa sopprima l'illegalità. Arriviamo ad un risultato assurdo. L'incapace di discernimento avrebbe il diritto di compiere azioni illegali. Allo scopo di accertare che solo il capace di discernimento può agire in modo colpevole, dobbiamo ammettere che l'incapacità di discernimento sia un contrapposto della colpa.

Abbiamo visto che la colpa contiene in sè premeditazione e negligenza. Possiamo dunque dire che la capacità di discernimento raccoglie in sè il concetto di premeditazione, rispettivamente di negligenza, altrimenti giungeremmo al risultato indesiderato che anche l'incapace di discernimento può agire in modo colpevole [2]). Stoss [3]) considera la capacità di discernimento come quello stato mentale dell'agente al momento dell'azione, che lo rende capace di un'azione penale.

La capacità di commettere una colpa vien spesso espressa nell'imprecisa ed inesatta definizione di capacità di discernimento. La capacità di discernimento è una condizione necessaria della colpa; l'incapacità di discernimento, per contro, esclude una colpa penale da parte della persona, al momento dell'azione. Ciò dicendo, non vogliamo per ora procedere ad una trattazione dei casi in cui siamo in presenza dei motivi di esclusione da pena, intendendo farlo più tardi, nelle diverse forme necessarie.

Abbiamo visto che, per avere una colpa, bisogna avere premeditazione o negligenza. Nessuno contesta che la premeditazione o la negligenza appartengano al concetto di colpa: anche colui che si trova in errore va esente da colpa.

Mittermaier dice [4]) che determinando un'altra persona a compiere un delictum, senza che essa sappia la vera portata della sua azione, il risultato che ne nasce è penalmente privo di importanza.

Wachenfeld [5]) considera la legittima difesa putativa come motivo di esclusione da colpa, nel caso in cui qualcuno, per errore, crede di dover far uso della legittima difesa. Egli dice che illegale è naturalmente anche l'azione che vien intrapresa

---

[1]) von Liszt. Lehrbuch. pagina 144. paragrafo 32.
[2]) cfr. Frank, Kommentar, pag. 109.
[3]) Lehrbuch des oesterreichischen Strafrechts, 1913, pagina 80.
[4]) Zeitschrift f.g. Strafwissensch. pag. 247.
[5]) Wachenfeld, Lehrbuch, München 1914, pagina 120.

in istato di creduta legittima difesa, quando un vero e proprio attacco illegale non esiste.

In questi casi manca però la premeditazione. Anche nel caso di legittima difesa e nello stato di necessità, trovasi motivo di esenzione da colpa.

Von Calker [1]) giunge alla conclusione che lo stato di costrizione va considerato, in via generale, come motivo di esclusione da colpa, solo quando la violazione, in forma di minaccia, collegata a pericolo per il corpo e per la vita, può essere posta ad un grado pari a quello che si ha quando si agisce in istato di incapacità di discernimento o di legittima difesa.

1. Infermità mentale e casi similari

Abbiamo visto che la reità mediata esiste quando lo strumento umano, spinto da altri, adempie alla fattispecie di una azione penale, senza essere istigatore ai sensi dell'art. 24 del Codice penale svizzero.

Quale primo caso di reità mediata, vogliamo citare quello in cui l'agente mediato si serve di una persona dalla volontà non libera.

L'art. 10 del codice penale svizzero dice: « Non è punibile colui che, per malattia di mente, idiozia o grave alterazione della coscienza, non era, nel momento del fatto, capace di valutare il carattere illecito dell'atto o, pur valutandolo, di agire secondo tale valutazione. »

Dunque, chi determina un malato di mente a compiere un'azione per la quale è comminata una pena, non ha solo causato l'azione, ma ne porta anche la colpa.

Ciò che la persona mentalmente ammalata fa, è privo di premeditazione in senso penale, e laddove la premeditazione manca, cade la colpa. L'ammalato di mente non ha una visione esatta dei doveri sociali e morali degli uomini. La coscienza è per lui un concetto inesistente. Le libertà ed i divieti fissati dal legislatore non sono a lui noti. Egli vive in un mondo di immagini che non corrispondono alla realtà della vita. [2]) Secondo il medico italiano Lombroso, [3]) la maggior parte dei delinquenti sono dei delinquenti nati e sono riconoscibili all'anormale sviluppo del cervello. Soffrono, nella mag-

---

[1]) Von Calker, Die strafrechtliche Verantwortung, pag. 18, München-Leipzig, 1891.

[2]) Plotkin Dora, Die Teilnahme am Verbrechen Unzurechnungsfähiger, Zürich, Tesi di laurea 1920, pagina 29.

[3]) Lombroso C., L'uomo delinquente, Torino 1924.

gior parte dei casi, di una malattia mentale innata, in forma di debolezza spirituale o di idiozia, che involontariamente ed irresistibilmente li spinge sulla via del delitto. Secondo Lombroso, la cifra degli ammalati di mente rappresenta circa il 30 % di tutti i delinquenti.

Sotto il concetto di alterazione grave della coscienza, cadono tanto le malattie mentali innate escludenti o riducenti la capacità di discernimento [1]) quanto quelle passeggere, come delirii febbrili, malattie nervose ecc.

Siccome , in base all'art. 10, la capacità di discernimento manca a motivo della natura accessoria della partecipazione, causa mancanza della colpa, una partecipazione a queste azioni non è possibile. [2]) In simili casi, trova posto la reità mediata [3]), perchè, chi ha determinato un malato di mente a compiere un reato, non può venir chiamato a rispondere di istigazione, perchè ciò che l'ammalato di mente compie, per il diritto penale non è un'azione esistente. Colui, che ha spinto, ha piuttosto provocato personalmente il risultato penalmente considerabile ed è da tenersi responsabile quale agente mediato. [4])

E' difficile, in certi casi, di decidere dove ci sia istigazione e dove ci sia reità mediata, quando per isbaglio una persona sana vien considerata malata di mente o viceversa.

Nel primo caso, Lehmann [5]) dice che il ritenuto agente mediato con l'influire sulla persona ritenuta malata di mente compie il necessario alla consumazione di un'azione punibile. Il fatto che il ritenuto ammalato di mente effettivamente non era tale, modifica la punibilità dell'agente mediato tutt'al più in quanto appare punibile solo per tentativo, e precisamente per tentativo con mezzi inadeguati.

Questa decisione vale però non solo per il caso in cui il ritenuto malato di mente non abbia eseguito l'azione a cui era stato spinto, ma anche quando compia l'azione e diventi così l'istigato perchè, anche se venne determinato da un altro, ha tuttavia compiuto un'azione punibile, per azione libera e propria.

Il suo tentativo finisce con la creazione della decisione a delinquere da parte del ritenuto malato di mente. Per contro, noi crediamo che, nel caso in cui qualcuno, senza voler utiliz-

---

[1]) Von Liszt-Schmidt, paragrafo 38, 2 pagina 170.

[2]) Schütze, Lehrbuch des deutschen Strafrechts, nota 18, II Aufl. 1874, pag. 160.

[3]) Schmucke, Die mittelbare Täterschaft, Tesi, 1911, pagina 17.

[4]) Liszt-Schmidt, paragrafo 50, 1ª. 316...

[5]) Lehmann V. Jugendliche als Werkzeug zur Begehung strafbarer Handlungen, pagina 32.

zare un'altra persona sana di mente come strumento, la ritiene malata di mente, anche la teoria qui sostenuta « de lege lata » conduce a dei risultati accettabili; perchè l'utilizzante, così caratterizzato, ha eventualmente voluto essere agente mediato o per lo meno istigatore.

Alla sua punizione quale istigatore, nulla si oppone.

Abbiamo il caso contrario quando colui che determina non conosce lo stato di malattia mentale dell'istigato, quando ad esempio A determina l'ammalato di mente B, che ritiene capace di discernimento, all'uccisione di una terza persona.

Frank [1]) ritiene che, in questo caso, il determinante ha compiuto più di ciò che corrisponde alla sua intenzione e che questo plus, secondo la teoria della premeditazione, non può venirgli messo in conto.

Siccome però manca ogni motivo per permettergli di trarre da ciò un vantaggio, rimane tuttavia responsabile quale istigatore e vien così colpito della pena dell'agente.

Lehmann [2]) fa una distinzione a seconda se il delitto è stato compiuto o meno. Nel secondo caso, a suo modo di vedere, si ha tentativo d'istigazione e contemporaneamente consumazione colpevole dell'azione in forma di reità mediata. [3])

Dobbiamo ancora trattare il caso in cui B è solo limitatamente capace di discernimento, e ci domandiamo se il soggetto sia qui da considerare ancora come strumento o già come responsabile.

A mio modo di vedere, egli perde le caratteristiche di strumento perchè il suo agire ha già carattere di delitto, ma, secondo l'art. 11 del nostro codice penale, il giudice attenua la pena secondo il suo libero apprezzamento. A è da considerare istigatore. [4])

All'azione mediata non appartengono i casi delle « actiones liberae in causa », casi nei quali l'agente pone sè stesso in uno stato di incapacità di discernimento, allo scopo di provocare un risultato illegale iniziato intenzionalmente o per negligenza in istato di chiarezza mentale.

Secondo Mössmer, [5]) l'agente mediato può far compiere un delitto servendosi dell'influsso ipnotico.

---

[1]) Frank Vorbem. Abschn. III, II, 1.

[2]) Lehmann, opera citata, pagina 32.

[3]) Confr. von Bar, Gesetz II, pag. 629.

[4]) Schneider Karl, Die mittelbare Täterschaft und die Beteiligung an der Selbstbeschädigung, pag. 22.

[5]) Mössmer, Mittelbare Täterschaft in gleichzeitiger Berücksichtigung des Hypnotismus im Strafrecht., pag. 43.

Con nuove manifestazioni e potenze, si verificarono nella pratica dei casi per giudicare i quali la nostra legge non bastava. Fra questi vanno citati la suggestione e l'ipnotismo. In Francia la teoria dell' ipnotismo si è estesa soprattutto nella scuola parigina della Salpétrière ed in quella di Nancy.

Gli studiosi si sono prodigati per sapere se ed in quale proporzione l'utilizzazione abusiva dell'ipnotismo abbia condotto a conflitti con la legge.

Per noi giuristi, è di grande importanza un impiego abusivo la cui fattispecie vien adempiuta da una persona ipnotizzata. Malgrado il fatto che l'ipnotismo nella pratica criminale non abbia avuto sinora un ruolo importante, dobbiamo domandarci se è per lo meno possibile da parte di un ipnotizzatore di determinare l'ipnotizzato al compimento di un reato.

Possiamo rispondere in forma positiva, e dire che l'incitamento dell'ipnotizzatore sulla persona ipnotizzata, volto al compimento di una fattispecie illegale, è concepibile in diversi modi.

In primo luogo, per mezzo dell'ordine di fare qualche cosa in istato di ipnosi, poi per mezzo di quelli in istato di postipnosi, vale a dire per mezzo dell'ordine di fare qualche cosa dopo lo svegliarsi dallo stato di ipnosi o un certo tempo più tardi; finalmente nella suggestione, in base ad una fattispecie qualsiasi, fissata dall'ipnotizzatore durante la ipnosi, connessa ad un ordine, secondo il quale l'ipnotizzato riterrà questa fattispecie come se effettivamente l'avesse vissuta [1]).

Vogliamo qui ripetere alcuni esperimenti di Liégois:

Osservazione IV: [2]) Liégois ordina ad una giovane signora ipnotizzata di tirare un colpo di rivoltella contro la madre presente. Questa tira con la pistola che le vien porta e che ritiene carica.

Osservazione V: [3]) Il venticinquenne N riceve da Liégois una polvere inoffensiva; gli vien suggerito che è arsenico e gli vien ordinato di recarsi da una zia, nella sua abitazione, e di versare il veleno in un bicchiere di acqua. La sera si riceve dalla zia la conferma che l'esperimento è riuscito. Il nipote ha versato il veleno nel bicchiere.

---

[1]) Neumeister Georg, Mittelbare Täterschaft und Hypnotismus. Tesi, Greifswald 1900. pag. 8/9.

[2]) Liégois. De la suggestion hypnotique dans ses rapports avec le droit civil et le droit criminel, Paris 1884, p. 28.

[3]) Liégois, opera citata, pag. 29.

Osservazione II: [1]) Liégois suggerì ad una donna in istato di ipnosi, che, al suo risveglio, un uomo sospetto le avrebbe offerto 6 tagliandi rubati, ad un prezzo ridotto e che lei lo avrebbe respinto, sdegnata. Egli avrebbe allora risposto: se nessuno vuol comperare i tagliandi, non li voglio nemmeno io. Li avrebbe lasciati su di una sedia e sarebbe partito. La donna avrebbe allora deposto i tagliandi presso Liégois ed avrebbe denunciato la cosa alla polizia, ancora lo stesso giorno.

Per chiudere vogliamo ancora citare un caso di « suggestion à échéance ». Ad una sonnambula venne suggerito di aver visto, guardando attraverso il buco della chiave, come nella sua camera un giovanotto maltrattasse un bambino. Ricevette l'ordine postipnotico di comunicare la cosa al tribunale e di dimenticare d'aver appreso questo dall'ipnotizzatore. Tre giorni dopo, come ordinato, ebbe a raccontare la cosa ad un avvocato, fintosi giudice istruttore e, di fronte ad un serrato interrogatorio, seppe sostenere d'aver visto lei la cosa. Dopo un nuovo ordine postipnotico, non ebbe più a ricordarsi di nulla. [2])

Sinora abbiamo visto esperimenti nei quali operano solo persone ipnotizzate con il loro consenso.

Nasce ora la domanda se le persone possono essere ipnotizzate di sorpresa, a loro insaputa. Le opinioni sono qui divergenti.

Forel [3]) pretende sia facile ipnotizzare a sua insaputa una persona predisposta all'ipnosi. Anche Liégois [4]) è giunto all'opinione che il pericolo di impiego abusivo dell'ipnosi sia estremamente grande. Lilienthal [5]) è per contro giunto ad un risultato, secondo il quale sarebbe impossibile ipnotizzare la maggior parte degli individui, quando questi volontariamente non lascino applicare i mezzi necessari. Chi non si è lasciato sovente ipnotizzare, non ha da temere dalla possibilità di venir ipnotizzato a sua insaputa, da una terza persona qualsiasi.

Il rapporto fra ipnotizzatore e ipnotizzato è quello che esiste sempre fra l'ordinante e l'obbediente.

Quando l'ipnotizzato non oppone resistenza, la volontà scompare. Senza dubbio lo stato di ipnosi è pari a quello di incoscienza. Questi due fatti, collegati, conducono per l'ipnotizzato ai momenti previsti all'art. 10, vale a dire a quelli nei

---

[1]) Liégois, opera citata, pagina 25.

[2]) Neumeister, opera citata, pagina 12/13.

[3]) Forel, Der Hypnotismus u. seine strafrechtliche Bedeutung (Zeitschrift für Strafrechtl. Wissensch. IX 1889) p. 144.

[4]) Liégois, opera citata, pagina 24.

[5]) Lilienthal, Der Hypnotismus und das Strafrecht (Zeitschr. f. Strafrechtl. Wiss. VII, 1887) pagine 346/7.

quali, nello stato di ipnosi, vien adempiuto, in merito ad una fattispecie illegale, l'atto del compimento; si ha allora uno stato di incoscienza, escludente ogni partecipazione della libera volontà e l'attore è quindi in istato di incapacità di discernimento.

Il movimento fisico, compiuto dietro ordine diretto od indiretto dell'ipnotizzatore è azione di quest'ultimo.

Forel [1]) dice « nella suggestione il cervello dell'ipnotizzato lavora quale strumento ». L'ipnotizzato, di cui ci si serve per l'esecuzione di un delitto, va dunque pareggiato ad uno strumento meccanico. Giungiamo così al risultato per il quale, laddove si tratta di ipnosi, bastevolmente profonda per escludere la libertà d'azione dell'ipnotizzato, quest'ultimo non è responsabile dell'azione. Ci troviamo così di fronte ad uno strumento meccanico. Altrimenti è, quando ci si trova di fronte ad ipnosi leggera, nella quale la coscienza non scompare o si tratta solo di influsso suggestivo. Qui si hanno, a mio modo di vedere, le caratteristiche dell'istigazione.

Per chiudere, vogliamo ancora trattare la responsabilità dell'ipnotizzatore e dell'ipnotizzato, nel caso in cui l'ipnotizzato abbia dato previamente il suo consenso od abbia voluto lui stesso essere ipnotizzato. In modo sicuro, non si può parlare qui di incapacità di discernimento.

La responsabilità penale dell'ipnotizzatore sarebbe, in questo caso, quella del complice, di cui all'art. 25. Questo modo di procedere è supponibile solo per delinquenti i quali, attraverso l'ipnosi, vogliono raggiungere l'impunibilità o che vogliono rimediare alla mancanza di coraggio per compiere un delitto, nello stesso modo di quelle persone le quali si preparano, ubriacandosi, ad un delitto.

Come ciò sia nulla di improbabile, lo confermano le osservazioni di Binet e di Féré, [2]) i quali dicono che quando una persona vuole assolutamente compiere un'azione, e teme di perdere all'ultimo momento il coraggio necessario, si fa suggestionare da un compagno.

Per concludere possiamo dunque dire che, in caso di ipnosi, si ha reità mediata quando l'ipnotizzato che ha compiuto un delitto non poteva nè prevedere nè evitare l'ipnotizzazione.

---

[1]) Forel, Der Hypnotismus, seine psychologische, med. u. strafr. Bedeutung u. seine Handhabung, pagina 129.

[2]) Die Verantwortlichkeit des Menschen angesichts der Tatsache des Hypnotismus. In Sphinx Monatschrift f. experimentale Begründung der übersinnlichen Weltanschauung, II 1887, p. 243.

2. *L' errore*

Si ha una tale situazione giuridica quando una persona si serve di un'altra per compiere un'azione e questa è in errore per ciò che concerne le circostanze di fatto o la illegalità. Di un errore in diritto si può parlare solo quando l'agente si è sbagliato in merito alla legalità od alla illegalità della propria azione. [1])

Errore nei fatti si ha quando l'agente non ha conosciuto le circostanze nelle quali l'azione venne compiuta. Errore in diritto si ha così quando l'agente ha creduto di compiere un'azione legale mentre la stessa era proibita.

Nella reità mediata, l'errore nei fatti capita abbastanza sovente.

Chi, per esempio, determina un'altra persona a rubare una cosa, ingannandola o rinforzandola nell'idea che sia cosa sua, compie lui stesso il furto quale agente mediato. Il terzo venne da lui utilizzato quale strumento, servendosi della sua volontà per raggiungere il successo voluto. In simili casi, l'agente fisico non può essere considerato agente responsabile, non possedendo l'intenzione necessaria alla consumazione del reato. Siccome il furto, secondo l'art. 137 del codice penale svizzero, richiede l'impossessarsi di una cosa mobile altrui, ed essendo dato che l'agente fisico voleva allontanare non una cosa altrui, ma sua, lo stesso non ha dunque agito intenzionalmente, bensì per errore scusabile. Nello stesso modo va deciso quando, sulla scorta di documenti falsificati, un giudice vien ingannato e spinto così ad una errata decisione in merito a responsabilità; oppure quando qualcuno, per mezzo di indicazioni false, spinge un dottore alla esecuzione di un'operazione. [2])

Mayer [3]) è pure dell'opinione che un'azione intenzionale da parte di persona capace di discernimento, la quale agisce senza conoscere le circostanze di fatto, è esclusa. Egli dice: Il giardiniere che nella persuasione di lavorare terreno proprio danneggia quello di un vicino non può essere tenuto responsabile per danneggiamento di cose (art. 145). Per contro, se una terza persona lo ha spinto intenzionalmente all'errore, quest'ultima è tenuta responsabile. Per analogia, questi principî vanno applicati dal punto di vista penale anche ai minorenni ed agli ammalati di mente.

---

[1]) Wachenfeld, Lehrbuch des deutschen Strafrechts, München 1914.

[2]) Michael, opera citata, pagina 35.

[3]) Mayer, opera citata, pagina 30.

Chi determina una terza persona a compiere un reato, pur sapendo che questa non agisce intenzionalmente, deve pur sapere che l'agente non può compiere azione punibile. La sua ignoranza in merito è un « error juris » e l'istigatore è — per i motivi esposti — agente. Se l'istigatore non sa che l'agente non opera intenzionalmente, va esente da pena. L'applicazione della reità mediata è pure ammissibile e meno contestata, quando la legge, per determinati casi, prevede la punibilità di reati dovuti alla negligenza e l'errore dell'agente, escludente la premeditazione, poggia su negligenza. [1]) L'errore dell'intermediario non è scusabile. In questo caso, la negligenza da parte dell'intermediario non esclude l'azione mediata. [2])

Quando il guardiamalati vuol dare al paziente un'aranciata, e, di nascosto, X versa nel bicchiere una forte dose di morfina, in caso di morte del paziente, è possibile che il guardiano abbia potuto accorgersi dell'azione di X. In questo caso, è responsabile per omicidio colposo, anche se resta lo strumento con il quale X ha consumato il delitto.

Come Wachenfeld [3]), io considererei il guardiamalati colpevole, qualora avesse riconosciuto la polvere come velenosa e l'avesse data da bere al paziente. X sarebbe allora solo partecipe al delitto.

Gierlich [4]) porta l'esempio seguente nel quale la negligenza accoglie la reità mediata.

A istiga intenzionalmente B, contrariamente a un divieto esistente, ad introdurre dalla frontiera del bestiame. A conosce il divieto ed agisce dunque dolosamente. B non lo conosce, ma come mercante di bestiame, abitante alla frontiera, avrebbe dovuto conoscere lo stesso la proibizione. Per il fatto che B dà seguito all'invito di A, egli trasgredisce al divieto in forma colposa. Qui vi può essere solo reità mediata, dato che, per un delitto colposo, non può esistere istigazione.

b) *Sussistenza di reità mediata negli atti dei fanciulli ed adolescenti.*

Quando noi ci domandiamo entro quali limiti fanciulli ed adolescenti possano venir impiegati quali strumento per

---

[1]) Schulze, opera citata, pagina 13.

[2]) Wachenfeld, opera citata, pagina 196.

[3]) Wachenfeld, opera citata, pagina 196.

[4]) Gierlich, Die Grenzen der mittelbaren Täterschaft im Reichsstrafrecht, pagina 35.

azioni punibili, dobbiamo chiarire la posizione degli stessi nel quadro del nostro codice penale.

Il nostro codice penale raggruppa i minorenni in tre classi:

1. I minorenni dal punto di vista penale, non aventi ancora raggiunto i quattordici anni d'età (fanciulli - art. 82).
2. Gli adolescenti dai quattordici anni d'età fino ai 18 non ancora compiuti (art. 89).
3. I minorenni d'età fra i 18 ed i 20 anni (art. 100).

Per la reità mediata, a nostro modo di vedere, solo le due prime classi entrano in linea di conto, dato che per la terza esiste già la possibilità di applicare i principî della partecipazione. Malgrado il fatto che notevoli difficoltà si oppongano alla applicazione di limiti precisi di età, data la varietà di modo con cui lo sviluppo e la maturanza si producono negli individui, il nostro codice ha voluto fissare tali limiti. La rinuncia alla fissazione di limiti d'età ha, d'altronde, sinora, condotto a disorientamenti e ad imprecisioni, fra cui tipici quelli constatati in Francia, dove nessun limite era conosciuto. [1])

Diverse furono le opinioni quando si dovette rispondere alla domanda: con quale anno deve terminare la esenzione assoluta da pena? Il nostro codice penale, tenendo conto di fattori d'ordine sociologico, ha fissato il quattordicesimo anno. A quattordici anni, il fanciullo lascia la scuola e si avvia ad una professione. Lavora e guadagna del denaro che egli stesso adopera. Diventa indipendente, non è più sotto l'influsso dell'educazione scolastica ed anche i genitori non esercitano più un intenso controllo.

Le misure previste per i fanciulli dai 6 ai 14 anni hanno solo un fine di protezione e di educazione. [2])

Intorno ai motivi dell'esenzione da pena, il codice penale svizzero non dice nulla. Ha voluto, il legislatore, attenersi al concetto, secondo il quale la fanciullezza non è capace di delinquere, oppure ha voluto lasciare aperta la questione relativa alla capacità di discernimento, lasciando libera la decisione in ogni singolo caso?

La più vecchia teoria giuridica pareggia il minorenne all'incapace di discernimento; ritiene cioè che il fanciullo, al

---

[1]) Brunner - Kirschbaum, Die Strafmündigkeit im Schweiz. Strafrecht, Tesi di laurea Zurigo 1939, pagina 82.

[2]) Thormann Ph., Prozessrechtliche Bemerkungen zum Jugendstrafrecht, Schw. Zeitschr. 43. Jg., pag. 96.

disotto dei 14 anni, non possa delinquere, ed esclude, per ragioni di logica, la possibilità di partecipazione ai delitti. [1])

Köstlin [2]) ritiene che lo stato di minorità, dal punto di vista penale, non significa in nessun caso, per l'individuo, incapacità di discernimento. Egli dice che la fanciullezza non rende incapace di discernimento. E' però un motivo di incapacità di discernimento dal punto di vista criminale, dato che al giovane manca la coscienza necessaria per giudicare la posizione dell'individuo nella società.

A mio modo di vedere, dal punto di vista penale, il minorenne, al disotto dei quattordici anni, può entrare in linea di conto solo come strumento nelle mani di un maggiorenne. Nella maggior parte dei casi, in cui è in giuoco la partecipazione di un minorenne con un maggiorenne ad un reato, il maggiorenne va sempre tenuto responsabile quale agente mediato.

Ad esempio, se A dice al minorenne B: se tu uccidi C, ricevi questa somma di denaro, e B uccide C, ciò facendo, non compie un'azione punibile, perchè i fanciulli di età inferiore ai 14 anni sono incapaci di delinquere e mancano, dal punto di vista penale, della capacità di discernimento.

Gervai [3]) dice che, anche nei giovani, l'azione compiuta suscita, istintivamente, una reazione dovuta alla ingiustizia.

Il periodo fra i 14 anni ed i 18 non ancora compiuti vien chiamato da Brunner - Kirschbaum [4]) il periodo della minorità penale relativa. Questo periodo è caratterizzato da una imprecisa colorazione dei sentimenti, esprimentisi in modo estremamente forte.

Nel periodo d'età fra i 14 ed i 18 anni l'adolescente va trattato diversamente. Il problema del trattamento processuale degli adolescenti non è fondamentalmente diverso da quello dei fanciulli. Aumenta però d'importanza, in considerazione anche del fatto che i reati possono essere di natura più svariata, e che, per la loro trattazione esatta, le conoscenze giuridiche possono avere un ruolo più importante che per il fanciullo. [5])

Anche per gli adolescenti, ciò che fa stato non è l'azione consumata, ma lo stato dell'adolescente colpevole. Il codice

---

[1]) Von Liszt, Lehrbuch, 20. ed. Berlin 1914, pagina 172.

[2]) System, pagina 135, parte generale, Tübingen 1885.

[3]) Gervai Laura, Kindliche und jugendliche Verbrecher, pag. 43, München 1914.

[4]) Opera citata, pagina 89.

[5]) Thormann, opera citata, pag. 99 e seg.

penale svizzero esclude addirittura la domanda della capacità di discernimento.

Secondo le nozioni nuove del diritto, il grado di sviluppo intellettuale e di maturità morale sono di grande importanza, in quanto nasce la necessità di misure educatrici più o meno intense o persino la necessità di una pena. [1])

Per gli adolescenti, il ceto, la famiglia, le condizioni di vita e di salute sono di grande importanza. I giudici nell'emanare la loro sentenza, debbono far uso di grandissima attenzione essendo la scelta fra le misure e le pene più significativa e più difficile della semplice commisurazione della pena. Perciò, come ben dice Thormann, [2]) nei tribunali per gli adolescenti, ci vogliono degli specialisti, trattandosi di un posto carico di responsabilità, dal quale dipende la sorte dell'adolescente.

A mio modo di vedere, un adolescente non è punibile quando al momento dell'azione il suo sviluppo morale od intellettuale era inadeguato. Abbiamo detto che nei fanciulli al disotto dei 14 anni, in nessun caso si può riscontrare capacità di discernimento, mentre che gli adolescenti sono da considerare incapaci di discernimento solo quando non possiedano la visione necessaria dell'errore commesso. Essi agiscono, in questo caso « senza colpa », e, quando agiscono dietro istigazione di una terza persona, sono da considerare « strumento umano ».

Per contro, noi non riteniamo strumento umano di una terza persona il minorenne d'età fra i 18 ed i 20 anni, quando un altro motivo di esclusione da pena non esista.

c) *Esercizio di un diritto ed adempimento di un dovere.*

Abbiamo visto che ci sono dei motivi che esentuano da colpa. Nel campo del diritto penale ci sono però dei motivi i quali tolgono all'azione commessa la sua illegalità. Si tratta di casi di natura eccezionale, nei quali sono in gioco dei motivi politico-criminali.

Frank [3]) li definisce « Rechtfertigungsgründe » cioè giustificazioni. Noi respingiamo questa definizione perchè potrebbe raffigurare un reato che l'agente può, più tardi, giustificare. Il codice penale svizzero ha scelto una definizione più

---

[1]) Thormann-Overbeck, opera citata, pagine 253 ad art. 89².

[2]) Thormann, opera citata, pagina 102 e seg.

[3]) Frank, Kommentar, pag. 110, 111.

chiara in quanto parla di azioni legittime. Sotto questa definizione cadono la legittima difesa (art. 33) e lo stato di necessità (art. 34). A parte questi, altri aspetti ancora entrano in linea di conto.

a) Aiuto a sè stesso, in quanto sia ammesso dal diritto civile
b) Educazione
c) L'esercizio di funzioni di diritto pubblico
d) Le azioni dettate dalla scienza e dalla pratica mediche
e) Il ferimento di sè stessi.

L'illegalità è qui esclusa, solo quando, con l'azione, non vengono danneggiati interessi di natura statale.

A noi interessa però solo la domanda se qualcuno, attraverso l'azione di un avente diritto d'agire, può compiere un reato in forma di reità mediata. Hegler [1]) e Schmidt [2]) rispondono affermativamente. Metzger [3]), per contro, dice che lo intermediario deve aver agito in forma illegale. A mio modo di vedere si ha reità mediata nei casi seguenti:

1. Costrizione

Non si ha azione punibile quando l'agente vien costretto all'azione da violenza o da minaccie irresistibili, costituenti un pericolo inevitabile per la persona o la vita propria di parenti.

Secondo Meyer-Allfeld [4]), non basta ogni minaccia, ma è piuttosto necessario di trovarsi di fronte alla possibilità di un'azione racchiudente in sè stessa un crimine od un delitto. La violenza è per contro sempre ed in ogni forma un mezzo per la costrizione.

La scienza giuridica, nel concetto di minaccia irresistibile, fa due distinzioni e precisamente distingue la « vis absoluta » dalla « vis compulsiva ». Secondo Ahlwardt [5]) si ha vis absoluta quando la violenza di un individuo annienta la volontà dell'altro e conduce quest'ultimo ad uno stato di dipendenza. Si ha per contro vis compulsiva quando, con l'in-

---

[1]) Hegler, Mittelbare Täterschaft bei nicht rechtswidrigem Handeln der Mittelperson, Schmidt, Festschr. p. 151.

[2]) Schmidt, Grundriss des Strafrechts, 2. ediz. pag. 165.

[3]) Lehrbuch, pag. 426.

[4]) Meyer-Allfeld, Lehrbuch des deutschen Strafrechts, 7. ed. Leipzig 1912, pag. 439.

[5]) Ahlwardt, Die Mittel der Nötigung, Tesi di laurea, Greifswald, 1896, pagina 29.

flusso meccanico, quale rafforzamento di una minaccia, si vuol influire su di una decisione futura, di un individuo.

Dobbiamo analizzare in quale forma di minaccia noi troviamo reità mediata.

Lehmann distingue la violenza usata in forma fisica da quella usata in forma psichica.

Egli dice: si ha violenza fisica quando ad esempio una persona determina un'altra alla falsificazione di un documento ed a questo scopo gli conduce la mano. Si ha così, da parte della prima, non solo un'azione in senso giuridico, così da essere il vero agente mediato, ma si riscontra in lei anche l'agente immediato, e più precisamente ancora come se, per la falsificazione del documento, la prima persona si fosse servita di uno strumento inanimato, quale una macchina da scrivere od altro.

Sempre secondo Lehmann, [1]) anche con l'impiego della violenza psichica non si diventa agente mediato. Egli ritiene qui di trovarsi di fronte ad istigazione perchè, per grande che la minaccia ed il pericolo per il corpo e per la vita possano essere, non è tuttavia necessario che il minacciato si lasci determinare da essi. La facoltà di disporre liberamente è bensì limitata, ma non è però completamente esclusa. Per l'istigato, non si ha esclusione da colpa, ma esclusione da pena quando la minaccia raggiunge una certa intensità.

Di diversa opinione è Schulze [2]), secondo il quale se di per se stessa ogni minaccia pericolosa basta, la violenza usata non deve essere fisicamente irresistibile (cosidetta vis absoluta) perchè con questa, vale a dire con l'influsso sugli organi muscolari, il vero e proprio movimento del corpo vien escluso. Si ha allora vera e propria azione immediata. Se, per contro, alla persona fatta oggetto di costrizione è rimasta ancora la possibilità di movimento volontario (dunque in caso di vis compulsiva), oppure è stata determinata da minaccia per il corpo e per la vita, data la presenza di un motivo di esclusione da colpa, si ha reità mediata.

Così, chi, con la minaccia di morte, determina altri al furto, vien trattato come se avesse compiuto personalmente il furto.

In opposizione al modo di vedere di Schulze [3]), O. Mayer [4]) ritiene che la partecipazione ad un'azione, alla quale una per-

---

[1]) Lehmann, op. cit. pag. 33.

[2]) Schulze, Die mittelbare Täterschaft, insbesondere nach den neuesten Entwürfen, Tesi di laurea, Köln, 1932, pagina 10.

[3]) Schulze, op. cit. pag. 10.

[4]) Mayer, Ein Beitrag zur Lehre von der mittelbaren Täterschaft, tesi di laurea, Heidelberg, 1905, pag. 31.

sona capace di discernimento venne costretta per via di vis compulsiva, non può mai essere considerata partecipazione punibile. L'agente in forma puramente fisica appare ai suoi occhi solo come uno strumento irresponsabile della volontà altrui. Chi ha determinato al compimento dell'azione, trasferendo l'agente in istato di costrizione, è agente mediato. Hafter [1]) accenna, quale seconda premessa della reità mediata, al fatto che l'esecuzione deve aver luogo da parte di un costretto in forma irresistibile, il quale non ha la possibilità di far valere la propria volontà (vis absoluta). Quando invece l'agente è solo sotto l'influsso di una violenza meno intensa (vis compulsiva), si ha solo istigazione.

Io mi associo a Hafter, ed ammetto la presenza di reità mediata solo nei casi di vis absoluta. E' chiaro che noi ammettiamo la presenza di reità mediata quando l'influsso è così forte da dover ritenere esclusa la illegalità dell'azione compiuta dal costretto; perchè allora sfugge il compimento dei requisiti della fattispecie subiettiva del costretto, e non si può mai parlare di istigazione ad un'azione compiuta da se stessi.

2. *Legittima difesa e stato di necessità*

Noi riteniamo inoltre di trovarci in presenza di reità mediata quando qualcuno agisce in istato di legittima difesa od in istato di necessità, provocati, intenzionalmente, da altri, servendo così, con azione esente da pena, ad uno scopo delittuoso.

E' evidente che anche qui le premesse inerenti all'esistenza di stato di legittima difesa e di necessità vanno adempiute. Citiamo in proposito un esempio:

A comunica a B (che per un motivo qualsiasi egli vuol far scomparire) dei fatti per lui disonoranti, raccontati per così dire, da C. B attacca verbalmente C in un modo violento tale che questi, vedendosi aggredito da B, in istato di legittima difesa, lo uccide. In conformità all'art. 33 del codice penale svizzero, l'attacco di B è immediato, umano ed illegale.

Secondo Wachenfeld [2]), chi, dinnanzi ad una provocazione passa ai fatti, non agisce in modo meno illegale di qualsiasi aggressore. Quale scopo la provocazione abbia perseguito è qui indifferente.

La legittima difesa non costituisce un'azione illegittima: in caso di eccesso, è prevista attenuazione della pena e l'ecci-

[1]) Hafter, Lehrbuch des Strafrechts, Allg. Teil 1926, pag. 210/11.
[2]) Wachenfeld, opera citata, pagina 118.

tazione scusabile ha perfino effetto di esenzione da pena. Nell'esempio citato, A è agente mediato e va punito come tale. La reità mediata può esistere anche quando i limiti della legittima difesa vengono sorpassati [1]), causa emozione o paura.

Lehmann [2]) cita il caso seguente: A osserva come il suo nemico mortale B dia uno schiaffo a C e come quest'ultimo si ecciti e si difenda. Egli grida allora a C: prendi la tua pistola e spara. C segue il suo richiamo. A diventa così l'agente mediato del delitto, rispettivamente del crimine.

Ciò per il fatto che, alla consumazione del delitto, ha collaborato con volontà colpevole e si è servito di una terza persona, la quale non ha agito in modo colpevole ai sensi del diritto penale, ma ha consumato il delitto quale strumento innocente. Secondo Thormann - von Overbeck [3]), l'aggressione compiuta da un animale, occasiona legittima difesa (art. 34) solo quando l'animale non vien istigato. Se un cane vien istigato, da una terza persona, si ha allora reità mediata, poichè, a mio modo di vedere, le azioni compiute da animali vanno pareggiate a quelle di innocenti, e siccome questi possono venir impiegati quali strumenti della reità mediata, anche gli animali possono venir impiegati dall'agente mediato per compiere un'azione illegale.

Esempio: A istiga il cane di B contro C perchè sa che C ha con sè una rivoltella e non potrà difendersi dal cane che uccidendolo. C agisce qui in istato di legittima difesa, escludente non solo ogni punibilità, ma anche ogni colpa penale. A, che ha provocato questo stato di cose intenzionalmente ed in modo illegale, si presenta qui come agente mediato dell'uccisione del cane. Dal punto di vista di A, questa uccisione si presenta come il danneggiamento intenzionale ed illegale di cosa d'altri.

Malgrado il fatto che l'opinione dominante non voglia conoscere legittima difesa nei confronti di cose inanimate, noi riteniamo possibile parlare, in simili casi, di reità mediata.

Si pensi, ad esempio, al caso in cui una automobile senza conducente venisse messa in movimento, intenzionalmente, minacciando di investire una moltitudine di persone. Qui ci si trova evidentemente di fronte ad una minaccia alla vita di persone, minaccia che non può in nessun modo venir tolle-

---

[1]) Heberlein Bruno, Excess der Notwehr, Tesi di laurea, Berna, 1895, pagina 26.

[2]) Lehmann, opera citata, pagina 35.

[3]) Thormann-Overbeck, Das schweiz. Strafgesetzbuch, I Bd. Art. 33, pag. 140.

rata, e che, ai sensi dei principi della legittima difesa, va considerata come illegale.

Colui il quale, con azione immediata, arresta l'automobile, compie atto di legittima difesa. Colui il quale invece intenzionalmente ha messo in marcia l'automobile è agente mediato.[1])

Analoghi sono i casi nascenti dallo stato di necessità. Secondo l'art. 34 del codice penale svizzero, non si ha azione punibile quando qualcuno compie un'azione volta a salvare un bene proprio, in modo particolare, la vita, l'integrità personale, la libertà, l'onore o il patrimonio, da un pericolo non evitabile altrimenti quando il pericolo non è dovuto a colpa sua e non si possa pretendere ch'egli rinunci al bene minacciato.

Per i motivi qui esposti, lo stato di necessità va considerato come un motivo di esclusione da colpa.

Con un esempio voglio mostrare che anche qui, a seconda dei casi, può darsi il caso della reità mediata.

Quando, per esempio, A getta B in un fiume in modo tale che B può salvarsi solo danneggiando un giardino situato sulla riva del fiume, è A che risponde del danneggiamento, quale agente mediato, quando con la sua azione, si è proposto di danneggiare il giardino. [2])

Hegler [3]) e Schmidt [4]) ne tirano la conseguenza che anche le disposizioni di libera volontà, volte alla lesione, rispettivamente al suicidio, sono da considerare quale reità mediata, punibile.

Questo caso è contemplato dal codice penale germanico, mentre che il codice penale svizzero accoglie questa fattispecie in un articolo apposito (art. 115), che la regola esplicitamente quale delitto « sui generis ».

L'art. 115 conduce ad una difficoltà. E' fuor di dubbio che per colui il quale, di propria volontà, vuol suicidarsi sia prevista una pena. Con ciò non è però liquidata la questione sul come sia da trattare il determinante quando ebbe a determinare una persona dalla volontà non libera. Dal contenuto testuale dell'art. si possono forse tirare alcune deduzioni.

Non è però qui il luogo di approfondirci in un simile problema, e noi dobbiamo limitarci alla constatazione che il con-

---

[1]) Confr. Trüeb Heinrich, Notwehr und Notstand, Tesi di laurea, Zurigo, pagina 21.

[2]) Weber Heinz, Die mittelbare Täterschaft unter eingehender Berücksichtigung der Benutzung von Kindern und Jugendlichen. Tesi di laurea, Breslau 1928, pag. 30.

[3]) Hegler, opera citata, p. 77.

[4]) E. Schmidt, op. cit. p. 142.

cetto di seduzione è una nozione intermedia fra l'istigazione vera e propria e la reità mediata.

Il sedotto, non è lo strumento privo di volontà quale è richiesto dalla reità mediata. Non agisce però completamente con una volontà totalmente libera da influsso, e soprattutto non con quel grado di libertà mentale, quale noi richiediamo per l'istigazione.

Gli elementi fondamentali del sedotto sono: l'ignoranza o l'errata conoscenza, mentre che l'istigato sa fin da principio quale scopo l'istigatore si propone.

Possiamo così concludere nel senso che, quando la persona agisce in modo completamente privo di libera volontà, non si può più parlare di « seduzione », racchiudendo questa nel suo concetto ancora una certa indipendenza della volontà.

Se nel caso di suicidio, si tratta di una persona dalla volontà completamente chiara, la disposizione speciale dell'art. 115 non vien applicata, ma ci si trova di fronte a reità mediata.

Ci resta ancora da esaminare brevemente se l'ammissione di reità mediata, così motivata, in caso di azione non illegale, da parte dell'intermediario, s'accordi con il codice penale svizzero. A prima vista, si direbbe di no, dato che, secondo l'art. 24, è punibile solo colui il quale, istigatore, determina un altro intenzionalmente a compiere un'azione punibile.

Da ciò si potrebbe dedurre che, quando la persona intermedia, per un motivo qualsiasi, non agisce in forma illegale, e non si abbia così un'azione minacciata di reato, anche l'istigatore abbia ad andare esente da pena. Ciò non appare però conforme al vero.

Difatti, si ha un reato comminato da pena anche quando l'agente non operi in modo illegale, ma allorchè questo stato di cose venga utilizzato abusivamente da un terzo allo scopo di consumare un'azione punibile.

d) *L'agente agisce dietro un ordine illegale.*

Tanto nel diritto privato quanto nel diritto pubblico, si hanno dei rapporti di subordinazione in base ai quali una persona è obbligata all'obbedienza. Questo obbligo alla obbedienza accorda all'avente diritto la facoltà di trasmettere degli ordini che il subordinato deve eseguire. Reità mediata da parte di uno strumento non colpevole e non responsabile si ha così quando una persona, svolgente una determinata attività, agisce in base ad un ordine vincolante. Effettivamente, però, nella vita in generale, non esiste un obbligo assoluto all'obbedienza.

Ognuno ha il diritto di rifiutare l'esecuzione di un ordine ricevuto.

Frank ha cercato di chiarire il problema degli ordini vincolanti, attribuendo agli stessi un motivo di giustificazione subiettiva, vale a dire: avuto riguardo al subietto vincolato all'obbedienza, l'azione è legale; avuto riguardo al superiore che impartisce l'ordine, l'azione è illegale. [1])

Entro quali limiti un ordine illegale possa essere vincolante per il subalterno non è possibile dire in modo uniforme per ogni ramo dell'attività statale e per tutte le categorie di funzionari.

Sotto il concetto di ordine, noi intendiamo ogni atto di autorità, con il quale una persona vien tenuta a fare o ad omettere qualche cosa. [2])

Non cadono però sotto questa categoria quegli atti statali raffiguranti nella loro forma e nel loro contenuto delle leggi od anche dei decreti.

Mentre che, nelle leggi, incontriamo la dichiarazione autoritaria della volontà del legislatore, nella forma prescritta. nell'ordine, incontriamo solo la facoltà (concessa al singolo da parte della legge) di manifestare, in forma vincolante, la propria volontà. [3])

Mayer H. [4]) conta fra gli ordini anche le decisioni giudiziarie ed in modo particolare le sentenze. Nel diritto amministrativo è abitudine generale di utilizzare il concetto ordine in senso stretto. Con ciò si intende quella disposizione di servizio che il superiore personale trasmette al subalterno, secondo il proprio criterio amministrativo. [5])

1. L'ordine illegale nel campo di validità del diritto privato.

Esaminiamo dapprima i rapporti d'autorità pertoccanti il diritto privato. Fra questi, sono da accennare: l'obbligo di obbedienza dei figli nei confronti dei genitori, del servo nei confronti del padrone.

Il figlio deve obbedire ai genitori onde permettere loro di adempiere ai doveri inerenti all'educazione [6]). Allo scopo

[1]) Mayer H., Der bindende Befehl im Strafrecht, Festschrift für R. Franck, I volume, pagina 598.

[2]) Mayer H., opera citata, pagina 600.

[3]) Niedermann, opera citata, pagina 129.

[4]) Mayer H., opera citata, pagina 600.

[5]) Mayer O., Verwaltungsrecht, Vol. II, pag. 182; Mayer, opera citata pag. 600.

[6]) v. Calker, Die strafrechtliche Verantwortlichkeit, pag. 31.

di assicurare l'obbedienza necessaria, venne loro attribuito ampio diritto d'educazione. Nel termine « educazione » si intende tanto l'attività educatrice in sè stessa, quanto lo stato che nasce da questa attività educatrice, o, come giustamente dice Hubrich, [1]) dall'ordine esistente in certe comunità di vita. Però, non ogni attività educatrice e non ogni mantenimento dell'ordine equivalgono alla disciplina e sono al medesimo tempo educazione [2]). Erra perciò Finger [3]), quando considera mezzi di educazione quelli necessari alla efficace educazione di una persona, perchè, come, a ragione, dice Schäffer [4]), anche il buon esempio, la ricompensa e la persuasione sono mezzi necessari. Volerli chiamare mezzi educatori significherebbe però contraddire al significato stesso della parola educazione.

L'autorità dei genitori ha lo scopo di avviare il figlio a diventare un anello utile della società. Di conseguenza, l'autorità dei genitori cessa laddove il loro ordine si proponga azioni le quali oltrepassano i limiti legali della educazione [5]) Non è perciò necessario di motivare ulteriormente il fatto che lo stato non ha assegnato ai genitori, nei contronti del figlio, un'autorità di ampiezza tale da permetter loro di impartire un ordine volto al compimento di un'azione punibile. Ordini tali non possono mai aver forza vincolante [6]).

Del pari sono i rapporti di autorità fra il servo ed il padrone. Essi si basano su di un contratto, il quale fissa i limiti dell'ordine di obbedienza. Qualora, dunque, un servo dovesse venir obbligato ad eseguire anche degli ordini del padrone volti ad un'azione legalmente punibile, si dovrebbe già, per lo meno, aver la possibilità di fissare questo obbligo contrattualmente.

Essendo però dato, secondo l'art. 20 del codice delle obbligazioni, che un contratto urtante contro le regole del buon costume è nullo, il servo non può mai, contrattualmente, venir obbligato a compiere un'azione punibile. In modo analogo, sono regolati gli ultimi rapporti di autorità del diritto privato. Difficoltà maggiori si incontrano per contro nei rapporti di autorità pertoccanti il diritto pubblico.

---

[1]) Hubrich, Das Züchtigungsrecht in seiner strafrechtl. Bedeutung., im Gerichtssaal, vol. 46, pag. 161.

[2]) Janissek, Das Recht des Lehrers zur Vornahme körperlicher Züchtigungen, pag. 8 e seg.

[3]) Finger, Im jur. Blatt, Herausg, von Burian, 1888, pag. 61.

[4]) Schaeffer W., Das Züchtigungsrecht, pag. 4, Breslau 1908.

[5]) cfr. von Calker, opera citata, pagina 32.

[6]) Brauer, Der dienstliche Befehl zum Verbrechen, als Grund der Straflosigkeit, Gerichtssaal, vol. 8, pag. 381.

2. *L'ordine illegale nel campo di validità del diritto costituzionale*

L'autorità dello stato, nei confronti dei cittadini, si esprime in tre funzioni: nella legiferazione, nell'amministrazione della giustizia e nell'amministrazione generale. Laddove in questo lavoro è parola di ordini, si eliminano a priori gli atti legislativi e giudiziari. Però, anche nel campo amministrativo, la parola ordine vien impiegata con un doppio significato. In primo luogo, ordine officiale è quello impartito da un'autorità o da un funzionario, nello svolgimento della loro attività officiale, ad una persona non a loro subordinata per servizio. Per contro, l'ordine di servizio è quello impartito da un funzionario, nella sua qualità di superiore, ad un subalterno, volto a fare o a tralasciare qualche cosa [1]). Il subordinato, in virtù della sua posizione officiale, ha il dovere di obbedire agli ordini del superiore. Qui sta effettivamente il contenuto più importante dei rapporti d'autorità [2]). I limiti fra la disobbedienza e l'obbedienza non sono d'altronde che quelli fra la legalità e l'illegalità degli ordini [3]). Molto discussa nella letteratura giuridica, è la questione dell'obbligatorietà degli ordini emanati da un'autorità superiore ai subalterni, vale a dire i limiti entro i quali sta il diritto ed il dovere di esaminare gli ordini emanati dai superiori.

La celebre « Remonstrationstheorie » [4]), chiedeva, per il servitore dello stato, il diritto ed il dovere di spiegare al superiore in una modesta contro-osservazione i motivi per i quali dubitava della legalità dell'ordine ricevuto. Un'altra teoria, pure ampiamente diffusa, accorda al subordinato, entro limiti ridotti, il diritto ed il dovere di esaminare: questo diritto dovrebbe però limitarsi alla legalità formale della disposizione emanata dall'autorità preposta. Un'ultima teoria, attorno alla quale si raccolgono diverse gradazioni, assegna al subordinato un obbligo all'obbedienza solo in quanto l'azione comandata non sia in urto con le leggi penali o con un divieto legale. Questa teoria attribuisce dunque al subordinato il diritto ed il dovere di esaminare anche la legalità materiale degli ordini del superiore. Da questi punti di vista, la Remonstrationstheorie non necessita più di una confutazione.

---

[1]) Von Brauer, opera citata, pagine 382/383.

[2]) Tiessen Fritz, Die strafrechtlichen Wirkungen des rechtswidrigen Befehls. Tesi. Königsberg, 1911, pag. 2.

[3]) Thielke, Gehorsam und Schuld des Staatsbeamten u. des Soldaten bei gesetzwidrigen Befehlen des Vorgesetzten, Tesi, Königsberg, pagina 7.

[4]) Labaud, Vol. I, pag. 433, osserv. 2 V pag. 432.

L'ordine impartito è o legale od illegale. Impartendo un ordine illegale, il superiore mette in pericolo l'autorità dello stato e il dovere di eseguire delle azioni, i cui si riconosce l'illegalità, abbassa moralmente [1]).

A mio modo di vedere, dunque, il subordinato non è tenuto ad obbedire a degli ordini di servizio i quali sono volti al compimento di un'azione punibile.

Nell'introduzione, ho fornito le premesse necessarie per le richieste generali. La questione di diritto costituzionale, in merito alla forza vincolante dell'ordine, è una premessa introduttiva alla questione della responsabilità penale del subordinato nell'esecuzione di un ordine illegale.

Potremmo analizzare dapprima a quali risultati si giunga in base alla teoria, secondo cui esistono degli ordini illegali ai quali il subordinato è tenuto ad obbedire. Le due opinioni qui conosciute attribuiscono all'ordine effetto di esclusione dell'illegalità o vedono in lui solo motivo di esclusione da colpa o da pena.

Il primo modo di vedere si separa di nuovo, in modo per noi caratteristico, in due opinioni. La prima, separata l'azione dalla persona dell'agente, assegna all'azione l'attributo illegale, rispettivamente legale, e considera impossibile di considerare la medesima azione come illegale per chi ordina e legale per chi eseguisce; la seconda opinione, assegna invece l'attributo di illegale, rispettivamente legale, a quella persona cui appartiene l'azione in oggetto, cosicchè, richiamando il concetto di reità mediata, ritiene possibile di ammettere che il medesimo risultato possa essere ottenuto con un ordine illegale e con una obbedienza legale [2]).

La successione ideologica nella teoria più prominente è la seguente: L'ordine, che dal superiore competente vien impartito al subordinato in modo formalmente legale, è, per quest'ultimo, vincolante. Il suo dovere di servizio lo obbliga ad eseguire l'ordine ricevuto, anche se materialmente illegale. Avendo egli il dovere di obbedire, ha il diritto di veder considerata legale l'azione compiuta in base a questo dovere [3]).

Kleinfeller [4]) dice inoltre: il superiore compie cosa illegale benchè da parte del subordinato non si abbia azione punibile a motivo dell'assenza di ogni colpa.

---

[1]) Von Bar, Bd. III, pagina 112, nota 185a.

[2]) Tiessen, opera citata, pagina 19.

[3]) Girginoff, Der bindende Befehl im Strafrecht, Tesi 1904, pag. 25/26

[4]) Kleinfeller, im VD, Allg. Teil, Bd. I, pagina 289.

L'ordine, nei confronti del subordinato, non toglie l'illegalità in modo assoluto, ma solo relativo. Si dovrebbe qui poter rispondere: o l'ordine toglie completamente ogni illegalità e non può allora nemmeno nascere la possibilità di agire colpevolmente da parte del subordinato: o il carattere illegale dell'azione permane e solo la colpa del subordinato vien tolta.

Questa teoria, che solo per il subordinato tenuto all'obbedienza, prevede dei motivi di esclusione da colpa, non trasforma però l'azione illegale in un'azione legale; piuttosto: il superiore agisce in modo illegale, servendosi del subordinato; il subordinato non è che uno strumento dell'agente mediato.

La risposta alla questione inerente al giudizio penale dell'azione officiale, non è però ancora data quando si tratta l'obbediente come uno strumento posto nelle mani del superiore, agente mediato, mentre che, in altri casi di reità mediata, una persona impiegata come strumento, dal punto di vista obiettivo, opera in modo illegale; qui, avuto riguardo al fatto che il subordinato eseguisce un ordine vincolante, la illegalità è esclusa [1]).

Egli agisce legalmente, andando esente da pena, anche in modo colpevole.

Un'altra teoria, sostenuta assai sovente, vede nell'ordine un motivo di esclusione da colpa o da pena. Secondo von Calker [2]), chi agisce in base ad un ordine vincolante si trova dinnanzi ad un motivo personale di esclusione da colpa, ma mai dinnanzi ad un motivo generale. Anche questa teoria si lascia facilmente discutere. L'ordine, di per sè, non è mai motivo di esclusione da colpa [3]).

Qualora si ammettesse la possibilità di impartire un ordine illegale vincolante, avrebbe allora la preferenza quella teoria che considera l'ordine come un motivo assoluto di esclusione da pena. Se però il subordinato non ha rimarcato l'illegalità dell'ordine impartitogli e con ciò l'assenza di ogni obbligo, l'ordine ha allora provocato in lui un errore e più precisamente un errore giuridico.

Un errore in merito alla illegalità di un ordine esclude sempre l'intenzione delittuosa da parte dell'obbediente [4]).

---

[1]) Vedi von Liszt, Lehrbuch, pag. 157, Beling, pag. 168.

[2]) Von Calker, Die strafrechtliche Verantwortlichkeit für auf Befehl begangene Handlungen, insbesonders nach Militärstrafrecht, 1891, pagine 133/151.

[3]) cfr. p. es. ME Mayer, Festschrift, pag. 135.

[4]) Cfr. Brauer, Gerichtssaal, Vol. 8, pag 388.

M. E. Mayer [1]) considera l'errore in diritto come un motivo di esclusione da colpa, quando lo stesso è importante, intendendo con ciò, tanto, quanto scusabile.

Può succedere sovente che il subordinato non possa rimarcare l'illegalità dell'ordine impartito dal suo superiore, specialmente quando la punibilità dell'azione comandata era nella intenzione del superiore e perciò nascosta al subordinato. Per esempio: il superiore ordina, per cattiveria, ad un subalterno, l'arresto di una terza persona innocente. In questo caso, il subordinato va esente da ogni pena. Nella punizione di delitti intenzionali, non si può distinguere se l'errore avrebbe potuto essere evitato e se è dovuto a negligenza grave [2]). Mayer M. E. [3]) fa una distinzione fra l'errore evitabile e quello inevitabile. L'errore in merito alla obbligatorietà dell'ordine e l'errore in merito alla legalità dell'azione comandata escludono sempre la intenzione da parte del subordinato, e impediscono, quindi, la punizione dello stesso [4]).

Secondo Michael [5]), il funzionario che si sbaglia solo in merito alla obbligatorietà dell'ordine agisce indubbiamente in modo intenzionale; ciò malgrado egli ritiene questo errore — in quanto scusabile — come motivo di esclusione da colpa, per i motivi seguenti: Dal punto di vista del funzionario obbediente, non può essere fatta la differenza se egli può veramente essere obbligato, da un ordine vincolante, a compiere un'azione punibile o se egli può considerarsi vincolato solo in caso di errore scusabile.

Per questo motivo, dobbiamo esaminare questo caso, esattamente, così come se ci si trovasse dinnanzi ad un ordine illegale, vincolante. Il superiore, dietro il cui ordine illegale il subordinato ha compiuto un'azione punibile, vien punito quando dalla sua parte si incontrino le premesse necessarie per ammettere la presenza di un'azione punibile; più precisamente, egli può venir punito quale istigatore o quale agente mediato. Se però il superiore, oltre all'impartire l'ordine illegale, partecipa all'esecuzione dello stesso e precisamente in modo intenzionale e concorde con il subordinato, è allora punibile quale correo. In questo caso, cade naturalmente la sua punizione quale istigatore, essendo la correità la forma più

---

[1]) Mayer, Der rechtswidrige Befehl des Vorgesetzten, Festschr. für Laband, Tübingen 1908.

[2]) Kohlrausch, Irrtum u. Schuldbegriff, Vol. I 1903, pag. 16.

[3]) Festschrift, pag. 146/7.

[4]) Frank, Nota III, 2 ad paragr. 113, pagina 207/8.

[5]) Michael, opera citata, pagina 50.

grave di partecipazione [1]). Se il subordinato rimane libero da responsabilità penale, per il fatto che si trova in errore scusabile, cade allora la sua punizione ed il superiore non può essere chiamato a rispondere di istigazione [2]). In casi punibili, il superiore, che ha impartito l'ordine illegale, va considerato come l'agente unico [3]). Egli non è l'agente fisico immediato, ma agente mediato. Come tale, viene punito quando una punizione dell'agente mediato, per uno dei motivi di esclusione da pena, non possa aver luogo [4]). Non di rado, il subalterno, nell'eseguire un ordine, entra in contatto con terze persone. I limiti della opposizione punibile da parte del terzo, sono facilmente determinabili. L'esecuzione di un ordine illegale è illegale anche per il terzo, e l'opposizione va esente da pena.[5]) Nel rispondere alla domanda inerente alla impunibilità dell'opposizione da parte di terzi, ha importanza la teoria che vuol vedere nell'ordine una esclusione da colpa e che dichiara punibile l'opposizione da parte di chi è colpito dall'esecuzione. Un caso pratico potrà qui meglio chiarire la cosa: In un villaggio di pescatori, un pescatore ha da anni pagato le imposte comunali per il fattorino che abita con lui. Ora però, si rifiuta e anche dal fattorino non si può ottener nulla. Il sindaco manda allora l'usciere in casa del pescatore con l'ordine di effettuare un pignoramento dei beni di lui e di sua moglie, qualora si rifiuti di pagare le imposte per il fattorino. L'usciere trova in casa solo la moglie. Questa si rifiuta di pagare l'imposta per il fattorino e di conseguenza l'usciere vuol pignorarle i suoi beni. Formalmente l'ordine è legale. La competenza astratta è presente e manca solo la legalità materiale. La moglie dovrebbe allora essere punibile per il fatto che ha voluto difendere i propri beni dal pignoramento? No, la sua opposizione non è punibile perchè l'azione officiale dell'usciere poggiava su di un ordine illegale.

3. *L'ordine illegale militare*

Nel diritto militare, l'ordine è di importanza tale da potersi dire che quasi tutto il servizio militare è regolato mediante ordini. Nel caso di guerra, qualora ogni subalterno dovesse

---

[1]) Von Bar, vol. III, pag. 120, Tiessen opera citata, pag. 38.
[2]) Tiessen, operat citata, pagina 42.
[3]) Brauer, opera citata, pagina 389.
[4]) Tiessen, opera citata, pag. 43.
[5]) Tiessen, opera citata, pag. 45 e seg.

dapprima pigliarsi il tempo di esaminare in profondità gli ordini del superiore, il momento opportuto per agire verrebbe nella maggior parte dei casi lasciato sfuggire e l'inosservanza di un solo ordine potrebbe frustrare il risultato di tutta una serie di operazioni. La fonte legale dell'obbligo all'obbedienza da parte del soldato è il codice penale militare del 1927. A noi interessa solo l'ordine illegale perchè solo questo può aver effetti di natura penale per il subordinato e ciò per il fatto che l'illegalità è requisito della fattispecie legale. L'ordine di servizio può essere formalmente illegale, in quanto colui che dà l'ordine non è a ciò competente e contraddice così all'art. 70 del CPM. Chi si appropria abusivamente il diritto di ordinare vien punito con la detenzione. Un ordine può inoltre essere materialmente illegale. Tanto chi abusa della facoltà di disporre (ordine privato), quanto chi si appropria tale facoltà (illegalità formale, incompetenza) e chi ordina un'azione punibile, urta contro una norma giuridica e compie un'azione illegale. Come si presenta la situazione per il subordinato? Qui nasce la domanda, se l'esecuzione di un ordine illegale anche per lui sia sempre cosa illegale oppure solo quando l'azione — che il subordinato compie comunque dietro ordine — rappresenti essa stessa la fattispecie di una legge penale. Per il subordinato, la legalità può entrare in linea di conto solo quando l'azione comandata stessa rappresenti una azione punibile. La punibilità di un'azione dipende dalla presenza della illegalità e della colpevolezza. Qualora mancasse una di queste premesse, secondo i principî del diritto penale attualmente in vigore, una punizione non potrebbe aver luogo [1]). Gli uni ritengono che ogni ordine del superiore militare, tanto se legale che illegale, sia da eseguire dal subordinato.

Essi suppongono dunque, in altre parole, l'esistenza di un ordine illegale vincolante legalmente. Gli altri considerano l'ordine illegale quale motivo di esenzione, del subordinato, da ogni colpevolezza.

Il noto giurista Mayer [2]) dice a proposito: Che il subordinato vada esente da ogni responsabilità è concepibile: incon-

---

[1]) Eberle Karl, Der milit. Befehl als Schuldausschl. Grund im schweiz. Mil. Str. G. B., pag. 37 e seg.

[2]) Mayer, opera citata, pagina 119.

cepibile è che il superiore non abbia a rispondere dell'azione propria.

Questa distinzione ha valore solo per l'obbediente, presso il quale va accertata solo l'illegalità dell'esecuzione. Presso il superiore l'illegalità può essere doppia: egli risponde dell'impartizione dell'ordine così come del risultato provocato dallo stesso, e precisamente quale istigatore, se il subordinato ha portato a termine l'azione in modo colpevole, o come agente, se lo stesso ha agito solo come strumento non colpevole.

Come Eberle [1]), io non accetto in forma vincolante un ordine illegale. Solo l'ordine legale è vincolante, dato che quello illegale è motivo di esenzione da pena per il subordinato. A mio modo di vedere, solo la costrizione e l'errore possono motivare una esenzione da pena.

L'art. 18 del CPM dice che se un crimine od un delitto vien consumato in seguito ad un ordine di servizio, è il superiore che ha dato l'ordine che va punito quale agente. Anche il subordinato è però punibile, quando fosse conscio che eseguendo l'ordine, coadiuva alla consumazione di un delitto. Come si vede, la legge tien conto di questi casi nei quali l'ordine illegale conduce a degli errori scusabili ed escludenti una punizione. Il subordinato può sbagliarsi in merito alla legalità e obbligatorietà dell'ordine. Nel primo caso il subordinato non ha rimarcato l'illegalità dell'ordine ricevuto ed il suo atteggiamento va perciò esente da colpa e da pena. Nel secondo caso, il subordinato è in buona fede e si crede obbligato ad obbedire. La buona fede corrisponde ad una sensibilità puramente personale. Il subordinato, anche qui, non è conscio dell'errore e non può essere l'oggetto di una punizione. [2]) Il testo dell'art. 18 sembra opporsi solo alla presa in considerazione dell'errore in merito all'obbligatorietà: il subordinato è esente da pena quando, obbedendo, non è conscio di coadiuvare alla consumazione di un crimine o di un delitto. Ciò si riferisce però solo all'errore inerente alla legalità: chi si sbaglia in merito alla obbligatorietà, vien protetto dall'art. 17. In merito all'art. 18 io concludo: il superiore che dà l'ordine, è responsabile dello stesso; chi deve eseguire un ordine illegale, va esente da pena; vien però punito quando lo stesso sapeva che

---

[1]) Eberle, opera citata, pagina 44.

[2]) Eberle, opera citata, pagina 70, Mayer, pagina 146.

l'ordine era volto ad un'azione illegale. L'errore è per lui motivo di esenzione da pena; laddove però l'errore non esiste, l'agente vien punito. A seconda dei casi, risulta così per il subordinato una necessità di rifiutarsi all'obbedienza.

Concludendo: per ciò che concerne l'esame dell'ordine da parte del subordinato, si può dire quanto segue: il soldato non ha un diritto formale d'esaminare gli ordini e neppure un dovere. Egli deve eseguire subito l'ordine ricevuto, salvo nel caso in cui la illegalità dello stesso gli sia senz'altro conosciuta.

FINE